TEORÍA DEL ESTADO

Hermann Heller

cfe

HERMANN HELLER

Teoría del Estado

Edición y prólogo de GERHART NIEMEYER



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO

Primera edición en alemán, 1934
Primera edición en español, 1942
Primera reimpresión, 1948
Segunda reimpresión, 1955
Tercera reimpresión, 1961
Cuarta reimpresión, 1963
Quinta reimpresión, 1968
Sexta reimpresión, 1971

Versión española de

Luis Tobío

La edición original de este libro fue publicada en Leiden, por A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., con el título *Staatslehre*.

Av. de la Universidad, 975 - México 12, D. F.

Impreso y hecho en México

I

SUPUESTOS HISTÓRICOS DEL ESTADO ACTUAL

GIERKE: *Deutsches Genossenschaftsrecht*, I, 1868; SCHRÖDER-V. KÜNSTBERG: *Lehrb. d. deutsch. Rechtsgeschichte*, 1922; L. M. HARTMANN: *Ein Kapitel vom spätantiken u. frühmittelalterlichen Staat*, 1913; v. BELOW: *Der deutsche Staat d. Mittelalters*, 1925; v. BELOW: *Die Ursachen d. Rezeption d. röm. Rechts in Deutschland*, 1905; KEUTGEN: *Der deutsche Staat d. Mittelalters*, 1918; WEIMANN: *Der deutsche Staat d. Mittelalters*, 1925; SPANGENBERG: *Vom Lehnsstaat zum Ständestaat*, 1912; LABAND: *Die Bedeutung d. Rezeption d. röm. Rechts f. d. deutsche Staatsrecht*, Strassburg, Rektoratsrede, 1880; v. BEZOLD-GOTHEIN-KOSER: *Staat und Gesellschaft der neueren Zeit*, 1908.

Para comprender lo que ha llegado a ser el Estado actual no es preciso, según se dijo ya (p. 44), rastrear sus "predecesores" hasta tiempos remotos, cuando no hasta la época primitiva de la humanidad. Siempre que se intentó hacer tal cosa, se desatendió, en general, aquello que a nuestro objeto principalmente interesa: la conciencia histórica de que el Estado, como nombre y como realidad, es algo, desde el punto de vista histórico, absolutamente peculiar y que, en esta su moderna individualidad, no puede ser trasladado a los tiempos pasados. Las lucubraciones especulativas sobre el origen del Estado, tan del gusto de muchos de nuestros historiadores (cf. Rachfahl, *Staat, Gesellschaft, Kultur u. Geschichte*, 1924, pp. 31 s.; Keutgen, pp. 3 ss.), muestran a lo que conducen las proyecciones restrospectivas del concepto del Estado. Eduard Meyer conduce hasta sus últimas consecuencias esa universal ampliación del concepto del Estado al concebirlo, contra lo que suele hacerse, no como algo que nace con el hombre, sino incluso como aquel grupo social "que corresponde a la horda animal y que, por su origen, es más antiguo que el género humano, cuyo desarrollo cabalmente sólo se hace posible en él y por él" (*Gesch. d. Altertums*, I, I, 4, 1925, p. 11; sobre los Estados de animales, pp. 6-7). Es evidente que, con tan ilimitada extensión, el concepto histórico del Estado se desnaturaliza por completo y se hace de imposible utilización.

Para comprender las relaciones políticas del pasado, no hay, en último término, otro recurso que medirlas con los conceptos del pensar actual (v. Below, *Staat*, pp. 108 s.). Pero este medio, si se quiere evitar tener imágenes totalmente falsas del pasado, hay que usarlo con la máxima cautela y en la inteligencia de que nuestros conceptos políticos son inadecuados, en principio, para un pasado muy lejano.

Aun si nos limitamos al intento de concebir el Estado del presente

partiendo de sus supuestos históricos inmediatos y de confrontarlo con las formaciones políticas medievales, llamadas entonces reino o territorio, se ve en seguida que la denominación "Estado medieval" es más que cuestionable. Las valiosas correcciones de Below a las concepciones jusnaturalistas y, sobre todo, a las de Haller sobre el mundo político medieval, son acertadas en todos sus puntos. Es patente el hecho de que durante medio milenio, en la Edad Media, no existió el Estado en el sentido de una unidad de dominación, independientemente en lo exterior e interior, que actuara de modo continuo con medios de poder propios, y claramente delimitada en lo personal y territorial.

Los historiadores suelen considerar al "Estado estamental" de la Edad Media, siguiendo a Gierke, como un Estado dualista (Spangenberg, p. 36, A. 1). Utilizan para ello como criterio el monismo de poder del actual Estado; pero, si tal se hace, la división del poder político en la Edad Media no era, ciertamente, dualista sino más bien pluralista o, mejor, como dice Hegel, una "poliarquía" (*Obras*, IX, p. 403). Casi todas las funciones que el Estado moderno reclama para sí hallábanse entonces repartidas entre los más diversos depositarios: la Iglesia, el noble propietario de tierras, los caballeros, las ciudades y otros privilegiados. Mediante el enfeudamiento, la hipoteca o la concesión de inmunidades el poder central se vio privado, poco a poco, de casi todos los derechos de superioridad, siendo trasladados a otros depositarios que, según nuestro punto de vista, tenían carácter privado. Al soberano monárquico del Estado feudal le vienen a quedar finalmente sólo muy pocos derechos inmediatos de dominación. En lo sustancial, no cabe ya prescindir de los servicios de los poderes locales, ampliamente autónomos, que han sometido a su autoridad a todos los habitantes del territorio sustrayéndoles a las órdenes inmediatas del poder central. La misma jurisdicción, que estamos acostumbrados a considerar como la función más privativa del poder estatal, había pasado en gran parte a "manos privadas" (Below, *Staat*, p. 244).

Los reinos y territorios de la Edad Media eran, tanto en lo interior como en lo exterior, unidades de poder político, por decirlo así, sólo intermitentemente e incluso, durante siglos, sólo excepcionalmente. El "Estado" de entonces "no podía mantener su ordenación de modo ininterrumpido, sino sólo temporalmente, interviniendo de vez en cuando para eliminar la perturbación del orden estatal que se deseaba mantener" (Hartmann, p. 16). Su poder estaba limitado, en lo interno, por los numerosos depositarios de poder feudales, corporativos y municipales y, en lo exterior, por la Iglesia y el Emperador.

En la Antigüedad, Estado e Iglesia, grupo político y grupo cultural, habían constituido una unidad inseparable; cada "polis" tenía sus pro-

pios dioses. Con el monoteísmo judeo-cristiano se formó una Iglesia universal, independiente de las fronteras políticas, que sustrajo buena parte de la vida personal y pública a la dominación del grupo político, lo que, hasta el presente, continúa sin pertenecerle. Pero, en la Edad Media, la Iglesia reclamó una obediencia, aunque extraestatal, política, de todos los hombres, incluso de los que ejercían poder político, obligando a ella, en muchos casos, por eficaces medios coactivos espirituales y aun físicos. De esta suerte, la Iglesia limitaba el poder político medieval no sólo exteriormente sino, de modo aún más intenso, en lo interno, indirectamente, valiéndose del clero. El hecho de que la Iglesia representara durante siglos la única organización monista de autoridad, en un mundo en que el poder estaba disgregado a la manera feudal, no fue la causa menos poderosa de su supremacía. El punto culminante, y a la vez el comienzo de la quiebra de la supremacía papal lo constituyen la bula *Unam sanctam*, de Bonifacio VIII (1302) y la negación de obediencia por parte de Felipe de Francia, que tuvo lugar al año siguiente. La Reforma trajo como consecuencia la emancipación definitiva y total del poder del Estado respecto a la Iglesia, incluso en los Estados católicos.

En los tiempos medievales fue también desconocida la idea de una pluralidad de Estados soberanos coexistiendo con una igual consideración jurídica. Todas las formaciones políticas de Europa se consideran más bien como subordinadas al Emperador, pretensión que no fue sólo teórica en la Edad Media, y que aun a principios de la Moderna dio lugar a la fundación y reorganización, respectivamente, de los tribunales imperiales en Wetzlar y Viena.

Sin embargo, los señoríos feudales de nobles, caballeros y eclesiásticos, y más tarde también las ciudades, supieron oponerse en forma mucho más eficaz al nacimiento de una organización política firme y de un poder estatal independiente. Ya en la época merovingia había aparecido la tendencia a la privatización del poder estatal, al hacerse hereditario el oficio de conde y, con él, el poder de juzgar. Y con la disolución del imperio carolingio se instaura en el continente una feudalización, casi total, de los oficios reales. El resultado final de todo ello es un conglomerado de numerosas unidades de dominación grandes, pequeñas y minúsculas, conexionadas entre sí, las más de las veces contractualmente, por el flojo vínculo feudal. La idea del contrato político del Derecho Natural racional, de más adelante, tiene aquí su fuerte raíz, absolutamente germánica. No hay duda que todo alemán ha pertenecido siempre a un grupo forzoso (Below, *Staat*, p. 243). Pero eso sólo significa, refiriéndonos a aquellos tiempos, que, en el "Estado" feudalizado, cada una de sus baronías formaba un "Estado aparte" (Keutgen, p. 14). El Estado feudal no conoció una relación

de súbdito de carácter unitario, ni un orden jurídico unitario, ni un poder estatal unitario, en el sentido en que nosotros lo entendemos. Los tribunales de las cortes de los señores territoriales, la justicia exenta del clero, los tribunales del pueblo, los tribunales municipales y el tribunal real dictan sus sentencias con una independencia casi absoluta unos de otros y según sus propias representaciones jurídicas.

Es verdad que el Estado estamental supera esa disgregación del poder, reuniendo a los depositarios estamentales de éste en corporaciones, los estamentos, pero lo hace sólo con el fin de oponerlos al príncipe como enemigo más temible. Como todos los grandes cambios políticos, se remonta éste también a una revolución social que tuvo lugar en el siglo XIII. En lugar del antiguo noble hereditario, en esta época desaparecido ya en buena parte, aparecen los nuevos estamentos profesionales: el estamento de los caballeros que surge de los feudatarios no libres y que recoge partes de la antigua nobleza, y la burguesía de las ciudades que gana poder a causa de la aparición de la economía monetaria y crediticia. En lo sucesivo las funciones políticas y los derechos de mando se trasmiten por herencia con la tierra o se enajenan aparte. De este modo, los caballeros y las ciudades tienen la posibilidad de adquirir ventajas de carácter público, cargos y derechos, de la mayoría de los príncipes cargados de deudas. Pero, sobre todo, los nuevos estamentos privan a los príncipes de la base económica de su poder al arrebatarles, casi por completo, desde finales del siglo XIII, la facultad impositiva (Spangenberg, pp. 46 ss., 86). En el siglo XIV las uniones estamentales se convierten en los grupos internacionales de intereses del clero, de los caballeros y de los burgueses, que rompen en todas partes el carácter político cerrado de los territorios.

Complétase así el dualismo del "Estado" estamental, compuesto de dos a más organizaciones de poder independientes entre sí. Apenas hay un solo concepto de la moderna vida estatal que se acomode a tal formación. Ambas partes, príncipe y estamentos, afirman tener el mejor derecho; ambas disponen de un completo aparato propio de poder: funcionarios, tribunales, finanzas propias, e incluso ejército y representación diplomática propios (Gierke, I, pp. 535 ss.). Las guerras de los señores territoriales tienen a menudo el carácter de meras contiendas privadas en las que luchan con la ayuda de los pocos vasallos sometidos a obediencia y obligados a servicio, de su servidumbre y de soldados mercenarios. Los príncipes tratan con sus estamentos como si se tratase de aliados, en plano de igualdad, y con frecuencia tienen que aliarse con otros señores territoriales para imponerse a sus propios súbditos. Desde el punto de vista de los conceptos actuales sobre el Estado no es una exageración lo que dice Laband de que desde el siglo XIII no hubo en Alemania un verdadero poder estatal (p. 37). La

disgregación política y las constantes luchas de los estamentos entre sí y contra el príncipe produjeron una general intranquilidad y una terrible ausencia de derecho. "Una guerra general de todos contra todos se originó en el interior de las naciones" (Ranke, *Gesch. d. roman. u. german. Völker*, p. XXXII).

La aparición del poder estatal monista se produjo según formas y etapas muy distintas en las diversas naciones. La atomización política se venció primeramente en Inglaterra. Es éste el único reino en que, gracias a la energía de los reyes normandos, se logra crear, ya en el siglo XI, una organización política relativamente fuerte en medio de la jerarquía feudal. Una manifestación precoz del Estado moderno fue el creado en la primera mitad del siglo XIII en Sicilia por el genial Federico II, quien sustrajo en forma radical al sistema feudal el ejército, la justicia, la policía y la administración financiera, centralizándolo todo de modo burocrático. Los orígenes propiamente dichos del Estado moderno y de las ideas que a él corresponden hay que buscarlos, sin embargo, en las ciudades-repúblicas de la Italia septentrional en el Renacimiento. De Florencia era Nicolás Maquiavelo, cuyo *Príncipe* introduce en la literatura el término *lo stato* para designar el nuevo *status* político (Jellinek, *Staatslehre*, pp. 132 s.), a la vez que analiza, de una manera sumamente viva, la *ragione di stato* de la Edad Moderna.

La nueva palabra "Estado" designa certeramente una cosa totalmente nueva porque, a partir del Renacimiento y en el continente europeo, las poliarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial y cuya coherencia era floja e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y reciamente organizadas, con un sólo ejército que era, además, permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general. A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando, militares, burocráticos y económicos, en una unidad de acción política —fenómeno que se produce primeramente en el norte de Italia debido al más temprano desarrollo que alcanza allí la economía monetaria— surge aquel monismo de poder, relativamente estático, que diferencia de manera característica al Estado de la Edad Moderna del Territorio medieval.

Los grupos políticos de la Edad Media eran defendidos, dominados y administrados por personas a las que pertenecían, en su mayor parte como propiedad, los medios administrativos, ya fuesen de carácter militar, judicial o de otra clase, tales como productos naturales, dinero, armas, caballos, edificios, etc. El viejo ejército sólo constaba de tropas de a pie. Cuando, debido a la forma de luchar de los sarracenos y

húngaros, fueron precisas tropas de a caballo, el príncipe se las aseguró mediante el enfeudamiento de la propiedad agraria y de los derechos de superioridad. Estos feudatarios montados constituían una "tropa privada" de su señor feudal (Below, *Staat*, p. 287). El feudatario cubría los gastos del equipo militar para sí y sus vasallos y subordinados a expensas de los bienes de su feudo y, asimismo, las costas y derechos que se pagaban por las funciones de superioridad que ejercía, y singularmente por la jurisdicción, pasaban, en lo sustancial, a su peculio. La base de su poder era la propiedad feudal que se había hecho hereditaria. Gracias a ella le fue económicamente posible llevar a cabo la gestión privada de la administración militar y civil; pero también por medio de ella se hizo el feudatario independiente en lo económico, y en muchos casos también en lo político-militar, del señor feudal, especialmente por causa del armamento de la gente de guerra, de la que el señor necesitaba ineludiblemente. El derecho del feudatario sobre el objeto del feudo, incluidos los derechos de superioridad, vino a convertirse casi en una propiedad de derecho privado, y el señor feudal, en la esfera de funciones del feudatario, vino a perder finalmente por completo el derecho al ejercicio de la función. Como la organización feudal consistía en una jerarquía de privilegios, con numerosos grados, y el señor feudal sólo podía mandar sobre los vasallos y subordinados de rango inferior a través del feudatario inmediato, vino así a depender aquél de la lealtad de éste, lealtad a la que con bastante frecuencia se faltaba. Con lo que sucedía que la supremacía del poder del señor feudal se apoyaba, en no exigua parte y prescindiendo de los vínculos ético-políticos, en el hecho de disponer en propiedad de un gran territorio sobre el que ejercía su propia administración de superioridad.

La evolución que se llevó a cabo, en el aspecto organizatorio, hacia el Estado moderno, consistió en que los medios reales de autoridad y administración, que eran posesión privada, se convierten en propiedad pública y en que el poder de mando que se venía ejerciendo como un derecho del sujeto se expropia en beneficio del príncipe absoluto primero y luego del Estado (cf. Max Weber, *Economía y Sociedad*, I, pp. 225 *ss.*; IV, pp. 85 *ss.*).

Mediante la creación de un ejército mercenario permanente, cuya existencia depende del pago de la soldada, el señor se hace independiente del hecho aleatorio de la lealtad de sus feudatarios, estableciendo así la unidad de poder del Estado en lo militar. La caballería había perdido ya su función político-militar a causa de la transformación de la técnica guerrera. Desde la guerra de los husitas es desde cuando, probablemente, decae el papel de la caballería en el combate, a causa del empleo creciente de cañones y armas de fuego portátiles, de la infan-

tería y de las tropas mercenarias. Los gastos que imponía la nueva técnica de las armas exigen la organización centralizada de la adquisición de los medios necesarios para la guerra, lo cual suponía una reorganización de las finanzas. De este modo, la necesidad política de crear ejércitos permanentes dio lugar en muchas partes a una transformación, en sentido burocrático, de la administración de las finanzas. Gracias a ella las tropas feudales, intermitentes y ocasionales, con su servicio inseguro y limitado, se ven sustituidas por una organización firme y continua del ejército cuyos medios de guerra se concentran en las manos del Estado. Hasta la paz de Tilsit había quedado en Prusia, todavía, como último resto del viejo ejército feudal, el jefe de compañía que era propietario del armamento de su unidad.

En las demás esferas las formas de la administración feudal resultan también inadecuadas para atender a las tareas administrativas, cuantitativa y cualitativamente crecientes, de una sociedad y de una economía cada vez más complicadas. A comienzos de la Edad Moderna el Estado tiene que encargarse de una serie de tareas que hasta entonces corrían a cargo de la familia, la Iglesia o las instituciones locales, o que respondían a nuevas necesidades. Eran, especialmente, materias relacionadas con las comunicaciones, tanto en lo general como en su aspecto económico-técnico, con la administración de justicia y con lo cultural, sobre todo de carácter pedagógico. Un Estado que no utilizara las revolucionarias innovaciones técnicas de aquel tiempo y no acomodara a ellas su administración, se vería condenado a una decadencia inevitable. Lo que aconteció en lo militar, cuyo despliegue unitario de poder fue posible gracias a una organización racional y planificada que emanaba de un centro de mando, sucedió también en las demás zonas de la administración, en las que se hizo necesaria la eliminación del carácter feudal mediante la racionalización técnica de la concentración del poder político.

El defecto capital que entraña la "administración de diletantes" característica de la época feudal, en aquellas funciones que eran desempeñadas como algo accesorio, consistía en su insuficiencia técnica: la debilidad de su ejecutivo, la laxitud de los controles, la ausencia o imperfección de la contabilidad (Below, *Staat*, p. 298). Por otra parte el perfeccionamiento de la técnica administrativa sólo era posible mediante una división del trabajo. El instrumento más eficaz para lograr la independización de la unidad de poder del Estado fue la jerarquía de autoridades, ordenada de modo regular, según competencias claramente delimitadas y en la que funcionarios especializados, nombrados por el superior y económicamente dependientes, consagran su actividad de modo continuo y principal a la función pública que les incumbe, cooperando así a la formación consciente de la unidad del poder estatal

(sobre Inglaterra, cf. Hatschek, *Engl. Verfassungsgeschichte,* 1913, pp. 13 s., 132 ss.). Mediante la burocracia se elimina la mediatización feudal del poder del Estado y se hace posible establecer el vínculo de súbdito con carácter general y unitario. Los apoyos burocráticos dan a la moderna construcción del Estado sus netos contornos y condicionan el carácter relativamente estático de su estructura. Gracias a la jerarquía de los funcionarios la organización pudo extenderse ahora también al territorio, es decir, abarcar a todos los habitantes del mismo, y asegurar de este modo una unificación universal, central y regida por un plan, del obrar relevante para el Estado. La gran extensión que alcanza el territorio de los Estados, cosa que en la Edad Media había contribuido grandemente a la emancipación de los poderes locales, no constituye para la burocracia moderna un obstáculo que se oponga a una labor administrativa sumamente intensa y, sin embargo, dirigida desde el centro. A la manera como, en lo económico, vino la fábrica a superar al taller, así también, respecto al despliegue del poder político, el aparato burocrático del Estado actual, rígidamente disciplinado y controlado, vino a estar por encima de los Territorios, administrados a la manera feudal, de la Edad Media.

Según se dijo, el ejército permanente y la burocracia de carácter continuo suponen la planificación de la administración financiera del Estado. Pues la permanencia y seguridad de la concentración de poder mediante funcionarios civiles y militares se halla garantizada sobre todo —por muy alto que se estime su sentido del deber y su conciencia de responsabilidad— por el hecho de que el funcionario depende, para su subsistencia económica, del sueldo mensual. Por este motivo, una burocracia cuyo sentimiento monárquico hubiese estado menos debilitado que en el funcionario alemán en 1918, se hubiese puesto también al servicio de la República, aun prescindiendo de todo sentimiento de deber respecto a la nación. La permanencia del Estado moderno reclama, justamente por esa causa, un sistema impositivo bien reglamentado a fin de disponer de ingresos suficientes para el sostenimiento del ejército y de la burocracia. La Administración medieval no conoció los presupuestos. El Estado estamental tampoco conoció la distinción entre los gastos e ingresos públicos y los privados del señor, ni un patrimonio independiente que perteneciera al Territorio y al Estado (Below, *Staat,* pp. 296 s.). Los estamentos sostenían como fundamental derecho suyo el estar libres de toda imposición, y las aportaciones que otorgaban al señor territorial eran concesiones voluntarias y por una sola vez. Era, por ello, antes de nada indispensable la constitución de un patrimonio del Estado y el aseguramiento de una tributación regular. En el Estado moderno los gobernantes y los miembros de la Administración no tienen propiedad de los medios administrativos y

están por completo excluidos de todo aprovechamiento privado de las fuentes de impuestos y de las regalías. La emancipación económica del poder estatal tiene su expresión en el hecho de que el patrimonio del Estado, con todos los medios reales de la Administración, no pertenece a nadie, ni al soberano ni al funcionario. Pero uno de los procesos más decisivos, entre los que integran la evolución del Estado de la Edad Moderna, lo constituye el hecho de que el príncipe, pasando por alto todos los privilegios, haya obligado, en las asambleas, a las corporaciones estamentales, muy debilitadas ya desde mediados del siglo XV, a dar su aprobación al establecimiento de impuestos generales y aplicables a todos los súbditos, sin tener en cuenta su nacimiento ni el estamento a que pertenecieran. Con este objeto principalmente, trataron los señores territoriales de convertir la asamblea en una corporación que, en lo posible, pudiera tener una voluntad unitaria, lo que los obligó a procurar dar validez al principio de las mayorías (Spangenberg, pp. 140 s.). Finalmente, hacia mediados del siglo XVI, los príncipes consiguen ya emancipar por completo la base económica del poder estatal, y establecen impuestos sin contar con la aprobación de los estamentos. De modo acertado, aunque sea objetable la fecha, ha puesto de relieve Dahlmann (*Politik*, p. 119) la extraordinaria importancia de este momento económico en el nacimiento del Estado moderno: "Lo que la vida había separado entre nosotros trataron de unirlo los impuestos en la segunda mitad de la Edad Media; en ellos va implícita la idea de que, incluso en épocas de paz, se forma parte de un gran ente común que a todos interesa y que nos impone sacrificios."

La dependencia político-económica del señor territorial respecto a los estamentos, basada en parte en la descentralización y disgregación que eran una consecuencia de la economía natural, sólo pudo ser superada gracias al desarrollo de la economía capitalista monetaria. Merecen ser destacados los fuertes motivos políticos de esta evolución económica. Pues el desenvolvimiento de la forma económica capitalista se ve acelerado por el hecho de que la concentración estatal de poder, sin proponérselo, actuaba de modo tendiente a tal resultado. Así la circulación del dinero se vio estimulada por el establecimiento regular de tributos, y la producción de mercancías por el hecho de que los grandes ejércitos mercenarios uniformados, con sus armas cada vez más tipificadas, creaban la posibilidad de enormes ventas en masa (Sombart, *Krieg u. Kapitalismus*, 1913). Pero, además, en virtud de la política mercantilista que siguió el Estado, se fomentó de modo consciente e intencionado el desarrollo capitalista a fin de fortalecer el poder político (M. Weber, *Historia económica general*, 1923, ed. esp., Fondo de Cultura Económica, México, 1942, pp. 360 ss.). La teoría del mercantilismo, desarrollada primeramente en Inglaterra en el siglo XVI pero ya practicada

allí un siglo antes, aspiraba a aumentar el poder del Estado, mediante el incremento de los ingresos del monarca y, mediatamente, por la elevación de la capacidad impositiva del pueblo. En atención a los fundamentos exteriores del poder, el dinero debía ser guardado en el país, debía aumentarse la población y procurar en lo posible su prosperidad mediante la exportación de productos; "el poder del Estado, de la fuerza concentrada y organizada" se utilizó, como Marx acertadamente observa (*Capital*, I, p. 841), "para acelerar a pasos agigantados el proceso de transformación del régimen feudal de producción en el régimen capitalista y acortar los intervalos", lo cual, evidentemente, no autoriza a afirmar, desde un punto de vista científico-real, que el Estado aparezca en este proceso meramente como un medio económico.

El Estado sólo podía independizarse como unidad de acción militar, económica y política bajo la forma de una independización como unidad de decisión jurídica universal. La disgregación política del Imperio y de los Territorios había acarreado una extraordinaria disgregación jurídica y una intolerable inseguridad en el derecho. El cronista coetáneo Lauze fundamenta la necesidad de "una ordenación común para el país y un derecho igual" haciendo notar "que casi cada gobierno y oficio... tiene sus usos y costumbres peculiares que no concuerdan con los de los otros, con lo cual las contiendas y pleitos no tienen fin" (cit. por Below, *Rezeption*, p. 137). La unificación general, para todo el territorio y regulada desde el centro, de toda la actividad relevante para el poder del Estado requiere la existencia de un *jus certum*, válido para todo el territorio del Estado, un sistema de reglas unitario, cerrado y escrito, en el que, hasta donde sea posible, toda regla particular se ordene –según criterios políticos y no solamente jurídicos– sistemáticamente en la unidad del todo. Por otra parte la colaboración de toda la jerarquía de funcionarios, según el principio de la división de trabajo, hace precisa una ordenación jurídica racional y planificada. Y, asimismo, la economía capitalista del dinero reclama, tanto para el derecho privado como para la Administración, la previsibilidad, extendida a un territorio lo más amplio posible, de un derecho sistematizado.

Frente a la disgregación jurídica germana aparecía el Derecho Romano, sistematizado por la burocracia justiniana, como un *jus certum*. Las dificultades para llevar a cabo una construcción sobre bases jurídicas germanas habrían sido, a juicio de Below, "considerables, posiblemente de tal volumen que no hubieran podido superarse" (*Rezeption*, p. 163). La opinión, hoy tan generalizada, de que la recepción del Derecho Romano fue, en el fondo, perjudicial, desde un punto de vista nacional, olvida, evidentemente, la enorme importancia que tal hecho tuvo para la autoafirmación política de los países alema-

nes. La causa fundamental de la gran extensión que en la práctica adquirió la recepción, desde fines del siglo xv, fue la disgregación jurídica, nacida de la debilidad del Imperio, y la falta de codificaciones. El derecho culto hizo preciso encomendar la Justicia a funcionarios especializados, formados en el Derecho Romano en las universidades del norte de Italia. Apareció así, en lugar de los tribunales integrados por personas sin preparación, quienes en cada caso juzgaban, por lo regular, según su sentido jurídico y los precedentes, una jurisdicción relativamente previsible, a cargo de una clase especial de juristas que sentenciaban basándose en normas racionales. La práctica forense se unificó, en buena parte, gracias al hecho de que el Tribunal de la Cámara del Imperio (*Reichskammergericht*), reorganizado, y los tribunales supremos territoriales, acomodados a él, aplicaban igualmente el Derecho Romano. Debido a esto y al fuerte poder ejecutivo del funcionario, se produjo un aumento considerable de seguridad jurídica y se estableció la paz territorial perpetua (1495), que la Edad Media sólo conociera con carácter temporal aunque repetido, y que era entonces constantemente rota por la adopción de medidas de autodefensa. La codificación dispuesta por el príncipe y la burocratización de la función de aplicar y ejecutar el derecho eliminaron, finalmente, el derecho del más fuerte y el de desafío, e hicieron posible la concentración del ejercicio legítimo del poder físico en el Estado, fenómeno que, con razón, se señala como una característica típica del Estado moderno (M. Weber, *Economía y Sociedad*, II, p. 7).

Para poder explicar conceptualmente esta concentración de todo el poder jurídico en el "poder del Estado" organizado e independizado también en lo militar-burocrático y económico, se hacían necesarios nuevos conceptos jurídicos. El pensamiento jurídico medieval no conoció las distinciones entre derecho público y privado, entre contrato y ley, entre derecho y juicio; ni siquiera requería la vida de entonces una diferenciación precisa entre derecho objetivo y derecho subjetivo. El contrato era la institución jurídica universal y se utilizaba incluso para fundamentar y trasmitir derechos y obligaciones concernientes al ejercicio de la autoridad. En el concepto del *Weistum*, del descubrimiento del derecho para cada caso, aparecen confundidos derecho y juicio. Sólo al aparecer las codificaciones oficiales y la jurisdicción burocrático-absoluta y al producirse, en fin, la emancipación del Estado como una unidad de autoridad, se hizo precisa una neta distinción entre derecho de coordinación y derecho de subordinación, entre ley y contrato, entre creación de derecho y jurisdicción. Sólo al surgir la unidad autónoma de poder del Estado moderno se le pudo reclamar, con sentido, como un especial sujeto de derecho caracterizado por su autoridad.

Pero si esta unidad de autoridad, especialmente desde el advenimiento del absolutismo, había de suponer un *status*, una ordenación de autoridad de carácter continuo, no era bastante que sólo estuvieran sometidas a una regulación central y planificada las relaciones de derecho privado, sino que tenía que suceder lo mismo con aquellas en que interviniera la autoridad. Habrá, por esto, que buscar el origen específico de las constituciones escritas en estas exigencias de carácter organizador. Lo que en tales constituciones hay de nuevo no es la determinación en un documento de los derechos de libertad individual, como por bastante tiempo se ha creído, pues tal determinación responde a la forma, en toda época conocida, por la que se hacen constar ciertos derechos políticos subjetivos por escrito en una carta. En cambio sí es completamente nueva la regulación consciente y planificada de la estructura concreta de la unidad política en una ley constitucional escrita. Así, pues, por causa también de la *ratio status*, había que establecer un *jus certum* que ordenara las actividades futuras del Estado, eliminara las discordias e hiciera posible la orientación requerida de modo duradero y seguro. Son esenciales a este nuevo concepto de constitución tanto el carácter autoritario de la ley constitucional, en oposición a los documentos que registran un contrato entre príncipe y estamentos, *v. gr.*, la Carta Magna de 1215, como el de que tal normación se realiza con el propósito de que permanezca, el que sea inviolable. El *Instrument of Government* (1653) de Cromwell es el primer ejemplo de un documento constitucional moderno; su mismo nombre revela su naturaleza. Lo que Cromwell pretendía con esta constitución fue expresado por él muy claramente: "En todo gobierno —dice—, tiene que haber algo fundamental, semejante a la Carta Magna, permanente, invariable" (Jellinek, p. 511).

La unidad jurídica y de poder del Estado fue, en el continente europeo, obra de la monarquía absoluta. En el Imperio alemán, disgregado irremediablemente por los estamentos, la expropiación política de los poderes feudales y estamentales y su subordinación al poder unitario del Estado se realiza, primeramente, en los Estados territoriales, que entretanto se habían hecho casi independientes, después de la guerra de Treinta Años. El proceso de la independización organizadora del poder público del Estado significa, a la vez, una emancipación relativa del poder del Estado respecto a los estamentos, hasta entonces dominantes. Obligados éstos por el absolutismo a someterse al poder central, tienen que admitir una nivelación con todos los demás súbditos. En la época absolutista en que nació el Estado moderno no puede ser éste considerado, en manera alguna, como un instrumento de opresión de la clase dominante. Es digno de observarse que este hecho fue admitido por el propio Engels, para quien, sin embargo, el Estado "en

todos los períodos típicos es, sin excepción, el Estado de la clase dominante, siendo, en todos los casos, esencialmente una máquina para mantener sometida a la clase dominada y expoliada". Según aquel autor, hubo, excepcionalmente, períodos "en que las clases en lucha se hallaban tan equilibradas que el poder del Estado, como un mediador aparente (!), adquiere una cierta independencia frente a ellas. Tal sucedió con la monarquía absoluta de los siglos XVII y XVIII, que equilibró a la nobleza y a la burguesía" (*Ursprung, etc.*, pp. 185, 180). La concentración de los medios de dominación y especialmente de la creación jurídica, en las manos del rey absoluto, la constitución del Estado como unidad jurídica, iban de hecho acompañadas necesariamente de una mayor o menor igualdad jurídica formal. Esta igualdad jurídica que, en su aspecto político, no significaba al principio otra cosa sino que los súbditos todos, sin distinción de clase o nacimiento, carecían de derechos políticos frente al rey, expresa luego, además, que la ley del monarca es igualmente obligatoria para todos los súbditos. Y cuando se realizó la igualdad jurídica en la colaboración política de los súbditos, y la burguesía, primero, y, poco después, el proletariado, llegaron a ejercer influjo creciente en la función de la creación jurídica central y unitaria, surgió un nuevo problema, hasta entonces desconocido en la historia de Europa, y que se refería a la forma del Estado.

La cuestión que se planteó fue la de cómo había que hacer para que el poder del Estado afirmara su independencia política frente a las amenazas de los poderes económicos privados que habían crecido poderosamente. Puede decirse que hasta el siglo XIX los poderes de dominación política y económica estaban reunidos siempre en las mismas manos. Durante toda la Edad Media y aun en los primeros siglos de la Moderna, las clases propietarias del suelo, y al lado de ellas la burguesía ciudadana poseedora del dinero, tenían también los poderes de mando político. El absolutismo, que por medio de la política mercantilista convirtió al Estado en el más fuerte sujeto económico capitalista, hizo de los medios de dominación política un monopolio del Estado y arrebató a los estamentos sus privilegios públicos de autoridad. Pero no sólo dejó a los señores feudales el capital agrario sino que fomentó, lo que pronto había de ser más importante, el nacimiento de un poder económico burgués muy potente, en la forma del capital móvil financiero, comercial e industrial, al que el Estado liberal dio luego casi absoluta libertad de acción.

La fuerza, cada vez más intensamente concentrada, del capital dispone, de modo virtualmente libre, de un número siempre creciente de medios económicos. Y casi en igual medida domina los medios de autoridad política del poder del Estado democrático. Es evidente que los dirigentes de la economía no tienen sólo a su disposición, en la

democracia política, el volumen de poder político que le dan sus votos. Con bastante frecuencia pueden adquirir una posición política dominante. El poder del capital les permite dirigir la opinión pública de modo indirecto, valiéndose de las cajas de los partidos y de los periódicos, del cine, de la radio y de otros muchos medios de influir en las masas, con lo cual adquieren un enorme poder político. Pero también pueden ejercer un influjo político formidable, de un modo directo, por la presión de su potencialidad económica sobre el poder del Estado, como, *v. gr.*, mediante la financiación de la acción directa de fuerzas de choque de carácter político-militar, o también por su competencia en materias técnico-económicas que los sitúa por encima de la burocracia, y, en fin, mediante sus grandes relaciones internacionales.

Aun en los casos en que exista una burocracia fiel a sus tradiciones de honor e impenetrable a la corrupción, y los trabajadores, organizados en fuertes grupos políticos y con prensa propia, tengan desarrollado su espíritu de resistencia, persiste el hecho de que el influjo político de los dirigentes de la economía se equipara así a su poder económico; con tanto mayor motivo habrá de resultar imposible que los dirigentes políticos puedan ejercer, frente a los poderes económicos, aquel volumen de poder político que por derecho les corresponde.

Esta separación del mando político y el económico constituye el estado de tensión característico de la situación presente de la democracia capitalista. Pues, de un lado, las grandes masas quieren someter a su decisión política también la economía y, para ello, la legislación democrática les proporciona los motivos legales necesarios. Luchan, como expresa la cabal formulación del programa de Görlitz de la socialdemocracia alemana, "por el dominio de la voluntad del pueblo, organizada en el Estado popular libre, sobre la economía". Por el contrario, los dirigentes de la economía declaran intolerable la influencia político-democrática en ella y aspiran a conquistar el poder político directo uniéndolo así con el económico que ya poseen (cf. Landauer, "Wege zur Eroberung d. demokr. Staates, etc", *Er.-Gabe f. M. Weber*, II, pp. 111 ss.). A la larga, las influencias indirectas y anónimas en la política no les bastan a los dirigentes de la economía. Se ven siempre amenazados en su acción por las disposiciones del legislador controlado democráticamente. Esta separación entre el poder político y el social-económico constituye una situación cuya dirección no puede ser determinada. O el poder del Estado ha de lograr la posibilidad de emanciparse políticamente de los influjos económicos privados mediante una sólida base de poder económico propio; o la lucha de los dirigentes de la economía ha de obtener, al menos, el éxito previo de que sea eliminada en su beneficio la legislación democrática.

II

CONDICIONES NATURALES Y CULTURALES DE LA UNIDAD ESTATAL

1. Consideraciones metódicas

La Teoría del Estado, en cuanto ciencia de la realidad, ha de mostrarnos si y cómo existe el Estado, en cuanto unidad concreta que actúa en el tiempo y en el espacio. La Teoría del Estado debe ser el conocimiento autónomo del Estado en sus leyes específicas. Si únicamente pudiera determinar al Estado como un mero fenómeno de expresión o como función de un contenido parcial de la realidad social o natural, no sólo habría errado su misión, sino que además vendría a revelar que no estaba justificada su existencia.

Como realidad producida por unidades humanas de alma y cuerpo, la unidad estatal se halla necesariamente inserta en la conexión total de las condiciones naturales y culturales de la vida social. La misión de la Teoría del Estado consiste en mostrarnos al Estado como un fenómeno sustantivo dentro del conjunto de esas condiciones. Hemos de ver, seguidamente, hasta qué punto resultan insuficientes los intentos de hacer derivar al Estado de sus condiciones geográficas, o de considerarlo como expresión de la raza, del espíritu del pueblo o de la nación, o de concebirlo como mera función de la sociedad económica dividida en clases, de la opinión pública, del derecho o de cualquier idea. Todas estas conexiones son, en cuanto condiciones naturales y culturales, de la mayor importancia para el nacimiento y permanencia de la unidad estatal. Pero la unidad estatal, en su legalidad propia, es más que una mera función de una e incluso de todas estas condiciones, y algo distinto de ella.

La metafísica idealista incurre en el error de atribuir al acontecer histórico-social una legalidad desligada de los oscuros fundamentos de la naturaleza física, y concibe al Estado como un reflejo, sin sustantividad, de una idea o de una ordenación ideal, independiente del acontecer natural-corporal. La metafísica naturalista, hoy dominante, incurre en el error opuesto al considerar al Estado como un reflejo adjetivo de ordenaciones regidas por leyes de la naturaleza. Es evidente que el Estado, como en general la cultura humana, no puede concebirse separado de la naturaleza; pero cuando se considera a ésta independientemente de la acción por la que el hombre crea cultura, pierde toda importancia para la vida histórica del Estado. Marx y Engels han pre-

cisado de modo acertado, en contra de Feuerbach, la relación existente entre las condiciones naturales y la acción estatal, relación que nunca ha de ser concebida estáticamente, sino como históricamente cambiable: "toda exposición histórica ha de partir —dicen aquellos autores en *Ideología alemana*— de estas bases naturales (la naturaleza física del hombre y las condiciones naturales que encuentra en torno suyo) y de las modificaciones que experimentan en el curso de la historia por la acción de los hombres" (*Archiv*, I, II, pp. 237, 242 *ss.*).

Al tratar de resolver la difícil cuestión de cómo lo natural interviene en la construcción de la realidad estatal, es preciso partir, como de algo sustancial e ineludible, de la idea de que todas las condiciones naturales sólo son políticamente eficaces de un modo indirecto, a través del obrar humano. Sucede, sin embargo, que del enorme cúmulo de vínculos existentes entre la vida del Estado y los hechos de la naturaleza, sólo una parte reducida es accesible a nuestro conocimiento. No se puede, ciertamente, negar que el hombre que actúa en el Estado está inserto en la conexión cósmica total que representa el universo. Nadie negará tampoco que los astros ejercen influjo sobre nuestra conducta estatal; pero la forma como estos factores naturales actúan sobre el Estado es cosa que únicamente pretende saber la Astrología. La Teoría científica del Estado, pues, no se ocupará de hechos astronómicos o de otra especie dentro de los naturales mientras su influjo en la vida estatal no pueda captarse de manera científica.

El concepto de la naturaleza que pueda tener importancia para la actividad estatal, no ha de ser tomado en sentido demasiado estricto, ni tampoco separado de manera tajante del de la cultura. La naturaleza primaria o absoluta, es decir, virgen de todo contacto con cualquier forma o norma humana tiene, para el conocimiento científico del Estado, una importancia relativamente mucho más reducida que la naturaleza secundaria o relativa, entendiendo por tal aquel material físico que presentan el hombre y su tierra en una determinada etapa cultural. Este material físico, en relación con la cultura actual cuyo impulso y formación se trasmite por la educación, es naturaleza, pero en relación con la naturaleza primaria es ya un producto cultural. Tanto la naturaleza primaria como la secundaria son únicamente material y posibilidad de la cultura y del Estado; éstos han de ser siempre realizados renovadamente mediante la actividad creadora del hombre.

De entre las innumerables conexiones cósmicas aparecen en un primer plano, para la teoría y la práctica de la política actual, dos condiciones naturales: las condiciones geográficas y antropológicas del obrar estatal. Hay que dejar bien sentado que, en ambos casos, es la naturaleza secundaria casi exclusivamente la que, en una consideración científica, tiene valor. Pues aparte de que el hombre, en su naturaleza

primaria, sería un dios o un animal, su tierra sólo presenta importancia destacada para la Teoría del Estado en su forma secundaria. Por la misma razón que, no obstante el innegable influjo de los astros en el obrar estatal, debemos rechazar la Astrología como ciencia auxiliar de la Teoría del Estado, sólo cabe utilizar la Geografía y la Antropología políticas para la interpretación de la vida del Estado, en cuanto pueda racionalmente mostrarse que los hechos geográficos o antropológicos constituyen estímulos u obstáculos para esa vida.

Una rama de la Antropología política pretende hoy establecer, de un modo indirecto a través del pueblo y de la nación, una conexión entre una naturaleza del hombre caracterizada como raza, y que en general no es sino su naturaleza primaria, y el obrar estatal. Debemos, pues, investigar lo mismo estas bases naturales primarias de la raza que las bases corporales secundarias del Estado, tal como aparecen en la faceta natural del pueblo y de la nación en conexión con los hechos culturales.

La situación en que se encuentra la Geografía política y, más aún, la Antropología política, requiere otra previa consideración metódica que condiciona todos los conocimientos particulares en este terreno y que no puede verse afectada por ninguna conclusión de aquellas ciencias. Trátase de la controvertida cuestión de las relaciones entre medio y disposición. Quien proclame la exclusiva dependencia estatal respecto a las condiciones naturales geográficas vendrá a parar en un callejón sin salida y lo propio acontecerá a aquel que afirme como únicamente decisiva la disposición antropológica. Los teóricos partidarios de la tesis del medio explican todos los fenómenos como efectos del ambiente; y en cambio los que siguen la tesis de la disposición afirman la existencia de un ser más o menos incomprensible, frente al cual todas las excitaciones del medio sólo ejercen funciones de estímulo. Ambas teorías, cuando son consecuentes con sus propios postulados, desplazan el problema a lo infinito, con lo que no pueden arribar a ninguna respuesta científica concreta: la teoría del medio por cuanto hace retroceder a la infinita lejanía un "algo" dispositivo, sobre el cual ha de considerarse que actúa el mundo circundante; y la teoría de la disposición porque opera con un ente primitivo, independiente de todo influjo del medio, que por fuerza se debe situar en un pasado infinito, nunca en un pasado histórico. Por esta razón, tanto en la naturaleza como en la cultura, la oposición entre la disposición y el medio sólo puede concebirse como una oposición dialéctica.

De entre las numerosas condiciones naturales y culturales de la unidad estatal nos ocuparemos de aquellas a que dedican preferente atención la ciencia y la opinión pública del presente, a saber: las condiciones referentes a la geografía, el pueblo y la economía, así como la

opinión pública y, finalmente, el derecho. Nuestras consideraciones mostrarán, ante todo, que la Teoría del Estado debe ver, en todas esas condiciones señaladas, estímulos u obstáculos para la unidad estatal, pero que la peculiaridad del Estado es algo que tiene carácter autónomo frente a ellas.

Entre las condiciones naturales y culturales de la unidad estatal que han de considerarse, el territorio y el pueblo son los elementos relativamente permanentes; esto explica el hecho de que la conducta del Estado no sea nunca el mero resultado de una conformación impuesta con plena libertad por caudillos o grupos, de acuerdo con las ideas del momento, sino que entraña un especial carácter que sobrevive a los individuos y a las formas de Estado.

2. Las condiciones geográficas de la actividad estatal

Ratzel: *Polit. Geographie*, 1903; Kjellèn: *Der Staat als Lebensform*, 1924; Kjellèn: *Grundr. zu einem System d. Politik*, 1920; Vogel: *Polit. Geographie*, 1922; Sieger: "Die geogr. Lehre von d. Grenzen, etc.", *Verhdlg. d. 21. D. Geogr. Tags*, 1926; Maull: *Polit. Geographie*, 1925; Maull: *Polit. Grenzen*, 1928; Haushofer: *Grenzen in ihrer geogr. u. pol. Bedeutung*, 1927; Haushofer: Obst y otros: *Bausteine zur Geopolitik*, 1928; Hennig: *Geopolitik*, 1928.

Los grandes teóricos del Estado han conocido y puesto de relieve, en todos los tiempos, la gran importancia que tienen los hechos geográficos para la vida estatal. Tanto Platón y Aristóteles como Maquiavelo, Bodino, Montesquieu y Hume, Herder y Hegel han hecho uso de esta idea en sus concepciones sobre el Estado (cf. Maull, *Geographie*, pp. 1 ss.). Todavía a mediados del siglo XIX tenía la teoría una conciencia muy clara de la relación del Estado con la tierra (cf. por ejemplo, Mohl, *Enzyklopädie d. Staatsw.*, 1859, pp. 124 ss.). Fue en los años que siguieron cuando se desatendió esta conexión, como tantas otras, por causa de la general degeneración que entonces sufrió la Teoría del Estado. A finales del siglo, Ratzel reanima y profundiza la Geografía política, y, bajo el nombre de "Geopolítica", adquiere con el sueco Kjellèn, durante la primera Guerra Mundial, estímulos decisivos y amplia difusión.

Muy difícil será encontrar en la Geografía política y en la Geopolítica una determinación clara de su objeto, límites y métodos. Lo que Vogel (p. 9) dice de los trabajos de Ratzel, de que en ellos se pueden encontrar pasajes para justificar afirmaciones de toda clase, por opuestas que sean, puede decirse asimismo, con muy pocas y por eso tanto más valiosas excepciones, de la mayoría de los autores que se consagran a esta difícil zona intermedia entre la ciencia de la cultura y la ciencia

de la naturaleza. La causa de ello radica, sobre todo, en el oscuro e inservible concepto de Estado de que se valen casi todos los geopolíticos; al pretender establecer relaciones causales entre la situación geográfica y un Estado que caracterizan como "organismo espacial" y que, en general, hipostasian en un "ser vivo" mítico, eliminando todos los límites sistemáticos, metódicos y conceptuales. Así, por ejemplo, es característico que la *Geopolítica* de Hennig lleve, expresamente, como subtítulo: "Teoría del Estado como ser vivo."

Algunos investigadores mesurados, como Vogel y Maull, han visto muy bien que los efectos políticos de las condiciones geográficas sólo pueden descubrirse de modo indirecto, a través de una conducta humana que se refiere al Estado, la cual debe ser, en primer término, analizada como política de defensa y de nutrición, a la vez que como política general nacional y de tráfico, antes de que pueda oponerse en relación con las categorías geopolíticas. No se puede hablar en la Geografía política de "leyes naturales inmutables", de una "ley rígida de los influjos geopolíticos" (Hennig, p. 7). La actividad estatal no depende jamás, de manera unilateral, de cualesquiera leyes naturales estáticas de la Geografía. Pues la tierra no es nunca un "factor" político, sino que sólo es una condición, aunque ciertamente importante, de la actividad política de la población, que sigue sus leyes propias y puede influir sobre su territorio, a la vez que, de acuerdo con sus fines políticos, transformarlo en gran medida; "la situación geográfica ofrece posibilidades y la situación geopolítica realizaciones de tales posibilidades que se manifiestan como incrementos o como obstáculos" (Vogel, p. 55). La situación geofísica de un territorio es relativamente constante y en cambio su situación geopolítica varía con relativa rapidez y facilidad. La situación geofísica de Inglaterra apenas si ha cambiado en toda la historia; por el contrario, su situación geopolítica, tan desfavorable al principio, se transformó fundamentalmente por la inclusión de la zona atlántica de Europa en una región unitaria de tráfico en el siglo XII y aún más cuando se inició el tráfico con América.

Así, pues, el Estado no es, en manera alguna, un "esclavo" de su territorio, como dice Kjellèn, ni el territorio puede considerarse como el "cuerpo" del Estado. El mismo Kjellèn habla de un tipo de reino que no se preocupa, en sustancia, por los límites "naturales", de Estados que cambian de lugar y de territorios que pueden servir como "cuerpo" a nuevos Estados (*Lebensform*, pp. 53, 57, 73, 79). Como tantos otros errores naturalísticos, la teoría del territorio como "cuerpo" del Estado, al cual éste serviría como "esclavo", proviene de la organología biológica, tan estimada en el campo de la Geopolítica, según la cual los Estados son "entes con cuerpo y razón, lo mismo que los hombres" (*ob. cit.*, p. 30).

El objeto de la Geopolítica no es, como Kjellèn señala acertadamente (p. 43), la tierra, sino únicamente la tierra permeada por una organización política. "Sin sujetos humanos no hay territorio, sino sólo partes de la superficie terrestre" (Jellinck, *Staatsl.*, p. 176). La primaria condición natural consiste en que esa parte de la superficie terrestre, entendiendo por tal una capa de varios kilómetros formada por la zona sólida, el océano y la atmósfera, sólo interesa en cuanto espacio habitado por el hombre. Hay un hecho de la mayor importancia política, y que, sin embargo, la Geopolítica no aprovecha como debe, y es que la zona habitada por el hombre con sus cuatrocientos cincuenta millones de kilómetros cuadrados, de los que aproximadamente un tercio es tierra firme, por primera vez en la historia, desde hace a lo más dos generaciones, no aparece dividida en campos de fuerzas cerrados, a modo de islas, en cada uno de las cuales existiera un sistema de equilibrio político, sino que se ha llegado a un único y solo campo político de fuerzas que requiere un equilibrio que abarque todo el planeta.

Dentro de este campo de fuerzas total actúan las individualidades estatales delimitadas espacialmente unas frente a otras; y para cada una de estas unidades estatales concretas tiene gran importancia el espacio geográfico, tanto respecto a su unidad como respecto a su peculiaridad. No hay duda que la unidad del Estado tiene su ley propia y no se constituye únicamente por la comunidad del espacio geográfico; pero la comunidad de espacio es condición esencial de la unidad estatal. Una zona geográfica cerrada posibilita y estimula en alto grado la creación de una entidad social-política también cerrada; la vecindad actuará uniendo hacia dentro y diferenciando hacia fuera. Los hombres que viven en la misma tierra están sometidos, por ello, a una relativa semejanza de condiciones espaciales de ordenación y vida, la cual puede superar disparidades sociales, nacionales y de otras clases, a veces incluso profundas. Cierto que no hay que olvidar que existen, y sobre todo existieron, Estados cuyo territorio está dividido en espacios geográficamente separados. Ello no obsta para que sea exacto decir que la esencia del Estado, como universal unidad de acción y decisión en un territorio, se basa también en una comunidad de destino de la tierra (Heller, *Souveränität*, p. 83). No hay duda que el Estado es unidad de territorio debido al hecho de que, ya se trate de un espacio unitario, ya de espacios geográficamente separados, se "mande" de manera unitaria. Pero también en un Estado cuyo territorio esté formado por espacios discontinuos, cumple el espacio una función de cierre o clausura, por cuanto la mayoría de las disposiciones del Estado tienen validez territorial y no personal.

La peculiaridad espacial de la unidad estatal nace del hecho de que cada Estado tiene, como escenario de sus actos, una parte individual y concreta de la ecumene. Rasgos esenciales de los caracteres del Estado aparecen así condicionados por la peculiaridad de las fronteras geográficas y el carácter individual del territorio delimitado por ellas.

Las fronteras políticas de la individualidad estatal no aparecen señaladas, sin embargo, de un modo decisivo por la naturaleza, sino que son determinadas por la acción del Estado. Una de las conclusiones más fecundas de la nueva Geopolítica es la de que no existen fronteras "naturales" del Estado, sino que todas las fronteras políticas son zonas y lindes "arbitrarios", "artificiales", es decir, queridos por los hombres, nacidos de las relaciones de poder y de las manifestaciones de voluntad de los que trazan las fronteras.

A la función primitiva de la frontera como órgano de protección corresponde la zona fronteriza, la "marca". La adopción en lengua alemana de la palabra *Grenze*, de origen eslavo (*gránitsa*), a partir de la Reforma refleja la evolución de la frontera política, desde su forma de tierra fronteriza a la de línea fronteriza. La frontera, como línea de separación, corresponde al ideal jurídico de evidencia y precisión que reclaman una más densa población y el Estado monocrático de la Edad Moderna. Es, por eso, tan erróneo sustancializar las fronteras políticas, considerándolas como hechos naturales, como desposeerlas de toda realidad y hacer de ellas una mera ficción jurídica. La Ciencia del Derecho no debe nunca perder de vista el *substratum* real de la frontera jurídica. La frontera lineal necesita también, por virtud de su función separadora, de una caracterización física; en tiempos antiguos había dado ella lugar a la construcción de líneas defensivas, como el *limes* romano, e incluso la moderna medición científica de los puntos fronterizos no renuncia a la demarcación mediante mojones. Como prueba de lo reciente que es este género de determinación de límites indicaremos, por ejemplo, que la demarcación de las fronteras alpinas de Baviera no tuvo lugar hasta 1835-44, y en las regiones de alta montaña no se realizó hasta el siglo xx.

La valoración política de las fronteras no puede nunca tener un carácter absoluto, sino que depende siempre del grado de civilización de quienes las establecen. En general se puede decir que las fronteras formadas por accidentes naturales de superficie terrestre, como montañas, ríos, lagos, pantanos, mares, bosques y desiertos han perdido mucho de su función separadora a causa del progreso de la técnica y del cultivo agrario. La frontera natural ha perdido hoy casi por completo tanto su función de protección como la de tráfico, con el ferrocarril, el auto y el aeroplano, con los cañones de 120 km. de alcance y con las líneas fortificadas como las del norte y oeste de la Francia

actual. Incluso la frontera formada por una cordillera, como en España, o por una posición insular, como en Inglaterra o el Japón, sólo ofrece una protección real cuando se trata de Estados fuertes. Pues los Estados insulares o peninsulares, como lo prueba el ejemplo de Inglaterra en tiempo de los daneses, o la actual situación de Italia, si no tienen una flota superior se hallan a merced del vecino que domine los mares. En la actualidad, las fronteras consistentes en accidentes del relieve, tanto naturales como de origen cultural, desempeñan un papel mucho menos importante que el de las fronteras políticas de carácter nacional (Maull, *Grenzen*, pp. 94 *ss.*).

De las características geofísicas del territorio no cabe deducir conclusiones bien definidas respecto a la peculiaridad geopolítica del Estado correspondiente. Así, por ejemplo, nada nos dice el rango geográfico de un Estado sobre su rango político; Venecia era una gran potencia y la China actual no lo es. La extensión cuantitativa de un Estado puede, según como sean la densidad de la población, el carácter del pueblo y el desarrollo de la técnica de tráfico, crear la posibilidad de un mayor despliegue de poder, y también ser causa de debilidad política. De la densidad de la población, exclusivamente, no cabe deducir una conclusión fundamentada sobre la justificación de pretensiones de espacio, porque las necesidades espaciales están siempre en relación con el carácter cultural, en lo económico y en los demás aspectos, de la población.

Encierra extraordinaria importancia para la posibilidad de una concentración de los medios políticos de poder, la disposición geográfica del territorio del Estado. En este particular el ideal sería, tanto por motivos estratégicos como económicos, que las fronteras presentaran una forma circular, con el poder emplazado en el centro y las provincias menos importantes en la periferia. Las fronteras sobremanera dilatadas, y por eso difíciles de controlar y defender, como las de Prusia aun bajo Federico II, pueden ser políticamente muy desfavorables, y también serlo el emplazamiento de puntos de importancia económico-militar en la frontera, como sucede con la industria pesada alemana. Pero la misma Prusia federiquiana es, a la vez, un claro ejemplo de cómo la unidad del Estado no se basa en la unidad geofísica o geopolítica de su territorio, y de cómo no existe una dependencia, nacida de leyes naturales, de la actividad del Estado respecto a condiciones geográficas.

También puede ejercer influjo importante en la vida del Estado la forma del suelo, es decir, la estructura horizontal y vertical del territorio; la primera facilita u obstaculiza las comunicaciones estratégicas, económicas o de otra naturaleza, y la segunda tiene importancia por sus consecuencias climáticas. La importancia geopolítica del clima se

debe, de un lado, a su acción directa sobre los hombres; el mucho o poco calor, la luz o la humedad pueden influir de modo esencial en el desenvolvimiento del Estado. Pero es mucho más importante la influencia indirecta del clima en la vida estatal debido a su acción sobre la economía, y especialmente por su influjo en el desarrollo de la fauna y de la flora y por sus efectos en las relaciones de tráfico económicas y estratégicas. Es innegable que el trabajo humano ha suavizado, y aun eliminado, muchos obstáculos climáticos. Pero hay otros que la técnica no ha podido superar, y entre ellos puede citarse la desecación o congelación de las vías acuáticas, lo que dio lugar, por ejemplo, en Rusia a la política, tanto zarista como bolchevique, encaminada a la posesión de puertos libres de hielos.

Por último, también entraña efectos geopolíticos de consideración la riqueza del suelo, cosa que se encuentra, asimismo, en buena parte condicionada por la actividad económica de los habitantes. La importancia política, por ejemplo, de tierras agrícolamente ricas o pobres no es, sin embargo, algo unilateralmente decisivo, como lo prueba la historia de Montenegro y de Prusia. En cuanto a la existencia de yacimientos minerales, la riqueza del suelo ejerce gran influjo económico-militar y, por consiguiente, también político. En tiempos antiguos la riqueza en metales preciosos significaba, con frecuencia, sobre todo un aumento del poder del Estado, y el mismo efecto puede producirse, en los tiempos de las ciencias naturales aplicadas, la posesión de carbón, hierro y petróleo. El proceso ascensional de Inglaterra, hasta llegar a convertirse en una potencia mundial, coincide, en el tiempo, con la explotación, en la segunda mitad del siglo XVIII, de sus yacimientos de hierro y carbón, tan bien emplazados para el transporte, y en gran parte se debe a ese hecho. Lo mismo puede decirse del progreso experimentado por el Imperio alemán en el siglo XIX, tanto en lo político como en lo económico. En nuestra época los grandes yacimientos de petróleo, a causa de su importancia para la economía y la técnica de guerra motorizadas, se han convertido en la cuestión candente de la política mundial (cf. Hofmann, *Ölpolitik*, 1927). Pero las riquezas del suelo sólo pueden estimarse políticamente como una bendición para los Estados fuertes para los países débiles, como lo revela el ejemplo de la república de los boers, puede resultar casi una calamidad.

Nuestra breve exposición ha mostrado, de una parte, que, evidentemente, las relaciones del Estado con el espacio son muy importantes; pero además nos ha hecho ver con plena claridad que las circunstancias geográficas del espacio no pueden explicar, por sí solas, ni la unidad ni la peculiaridad de un Estado. Ningún hecho geográfico tiene importancia política con independencia del obrar humano. No se puede concebir la unidad e individualidad del Estado partiendo únicamente

de las características de su territorio, sino tan sólo de la cooperación de la población bajo las condiciones dadas de espacio, es decir, sólo socialmente. El geógrafo Vogel expresa la relación del Estado con la tierra, en forma gráfica y acertada, al decir que el territorio del Estado es sólo su base, y en cambio la población es el depositario vivo y la propia sustancia del Estado. A la indagación de esta sustancia estatal vamos ahora a dedicar nuestra atención.

3. Las condiciones de la actividad estatal que se relacionan con el pueblo

A. *El pueblo como formación natural*

H. St. Chamberlain: *Die Grundlagen d. 19. Jahrh.*, 1ª ed., 1899 (cit. por la 2ª ed.); Luschan: *Völker, Rassen, Sprachen*, 1922; Günther: *Rassenkunde d. deutsch. Volkes*, 1ª ed., 1922 (cit. por la 15ª ed., 1930); Ploetz: "Sozialanthropologie", en *Anthropologie, Kultur d. Gegenwart*, III, 5, 1923; Fischer: *ibid.*, pp. 1 ss., 122 ss.; Goldstein: *Rasse und Politik*, 1925; Hertz: *Rasse u. Kultur*, 1925.

Al hablar de las condiciones de la actividad estatal que se relacionan con el pueblo, queremos referirnos a todas aquellas determinaciones físico-espirituales del grupo humano que actualiza al Estado, en cuanto tales determinaciones presenten importancia destacada para la existencia de la unidad estatal. La extraordinaria variedad de acepciones en que es usada la voz "pueblo" (*Volk*) da lugar a tantas y tan peligrosas confusiones y errores que se hace preciso, previamente, investigar los diversos sentidos en que tal palabra se emplea, separándolos nítidamente.

Cumple hacer, en primer término, una distinción fundamental entre la consideración del pueblo como formación natural y como formación cultural. En el primer caso se entiende por pueblo sólo lo que éste tiene de natural, ya en cuanto población, ya en cuanto raza. Pero, por su parte, la consideración del pueblo como formación de cultura no supone un concepto unívoco y requiere un análisis preciso.

La significación naturalista que se da al concepto de pueblo corresponde a una actitud espiritual de nuestro tiempo que, por reacción contra el espiritualismo unilateral de la Ilustración, ha formulado el lema, sin duda mucho más unilateral, "sangre contra espíritu". Una corriente muy popular de la Antropología política pretende relativizar el Estado reduciéndolo a la raza y referir la conducta política a la herencia racial relativamente invariable, es decir, al modo de ser corporal heredado. El influjo que llegó a alcanzar sobre la masa, en la posguerra anterior, la teoría política de la raza –aunque ciertamente sólo en Alemania y, en grado mucho más reducido, en los Estados Unidos (cf. Grant,

Der Untergang der grossen Rasse, ed. alem., 1925)– se debe a la creencia de que la ciencia ha conseguido por fin descubrir el motor autónomo del acaecer político y, en general, cultural, determinándolo con la seguridad de una verdad de la ciencia de la naturaleza. Según tal creencia, supuesta una raza física constante, no sólo se da en ella, a la vez, "en recíproca dependencia y correspondencia" (Günther, p. 8), una raza anímico-espiritual igualmente constante, sino que además ello es cosa que se puede conocer por la razón, y por consiguiente es políticamente utilizable.

Las dificultades casi insuperables con que tropieza la Antropología social, tanto en lo político como en otros órdenes, empiezan ya con el concepto de raza. No se salva este obstáculo distinguiendo un concepto primario de raza, o raza natural, y otro secundario o cultural. La raza natural vendría a ser una comunidad de origen cuyas esenciales características serían hereditarias. Es cosa que no puede estimarse científicamente determinada de manera definitiva si existen tales razas naturales, es decir, si los caracteres trasmitidos por herencia, y cuáles de ellos son determinados por el germen y no por el medio; si, a la larga, y en tal caso en qué lapsos de tiempo, el paisaje, el clima, la alimentación, la posición social, etc., desempeñan el papel decisivo en la formación de la raza secundaria, como aceptan, siguiendo a Lamarck, Ratzel, Kruse y muchos otros, o si este papel corresponde a la selección natural que produce la supervivencia de los "mejores", al modo como, siguiendo a Darwin, piensan, por ejemplo, Fischer, Lenz y los partidarios de la doctrina vulgar de la raza. Es, en todo caso, seguro que el modo de vida social da lugar también, de un modo constante, a una selección inconsciente (cf. Luschan, p. 76). Por otra parte, las leyes de la herencia descubiertas en 1901 por el agustino Gregor Mendel demuestran que ciertos caracteres corporales son, en su raíz, independientes del medio, por mucho tiempo. No hay duda, empero, que pueden nacer nuevas razas mediante repetidos matrimonios mixtos y la gradual consolidación de la mezcla de sangres. En este postulado, así como en la teoría de las mutaciones, se basa la doctrina dominante de la unidad de origen del género humano (cf. Günther, pp. 236, 245).

La clasificación de las razas es algo muy vacilante. Hay investigadores que sólo distinguen tres razas, otros treinta y dos, y algunos hay que señalan sesenta y aún más (Hertz, pp. 26 s.). En general se clasifican las razas, según sus zonas principales de dispersión en las diversas partes de la tierra, por regiones. Dentro de la región europea distingue Eugen Fischer las razas nórdica, occidental (mediterránea), dinárica y alpina (oriental), sin que con eso el panorama de las razas en Europa quede agotado ni mucho menos (Fischer, pp. 144 ss.). Como caracteres raciales determinados por la herencia se consideran la forma y el

color del pelo y los ojos, la forma del rostro, el color de la piel y los índices de estatura y craneano. La importancia de cada uno de estos caracteres para la clasificación de las razas es también muy discutida. Hasta hoy no se ha obtenido resultado alguno de la investigación de los grupos sanguíneos que sea aplicable a la clasificación de las razas. Como serios investigadores afirman, en la Antropología física "todo es", todavía, "inestable" (Fischer, pp. 126, 136, 158, etc.). En vista de ello no es extraño que Plötz pretenda separar a la Antropología social de la teoría de la raza, prescindiendo por completo de la cuestión de la trasmisión por herencia de las diferencias humanas (p. 588).

El concepto de raza según la ciencia natural sólo puede tener, sin embargo, aplicación para la Antropología política si se admite que existe una correspondencia necesaria y cognoscible entre la "infraestructura" física y la "superestructura" psíquico-política; es decir, que a cada "raza" física corresponde un "alma racial" especial, con ciertos y determinados modos de reacción en el aspecto estatal o contenidos mentales específicos en lo político. No se discute, pues, la cuestión de si son trasmisibles por herencia caracteres familiares o unidades hereditarias individuales dentro de una raza. El responder afirmativamente a tal cuestión, como cosa patente, nada tiene que ver con el problema de la trasmisión hereditaria de un carácter racial determinado, lo que supondría negar el hecho de que dentro de una misma raza física se trasmiten por herencia predisposiciones individuales, de carácter espiritual diferentes e incluso opuestas, en proporciones casi iguales.

El estudio de las razas adquiere importancia e influjo políticos considerables debido, exclusivamente, a la circunstancia de que tal estudio llega a engendrar en las masas la creencia de que a un aspecto exterior corporal unitario, heredado de los tiempos primitivos, corresponde un alma racial política unitaria, creencia que luego las moviliza y agita. No cabe dudar que la mera diferencia corporal puede también tener importancia política cuando es sentida como algo extraño y repelente y se adquiere conciencia de ello, siendo indiferente que se trate de diferencias raciales hereditarias reales o supuestas. En la admisión de una tal "eterna lucha por los grupos, nacida de las leyes de la naturaleza" se basa la doctrina que tiene por fundador a Gumplowicz y que atribuye el origen del Estado a la lucha de razas (Gumplowicz, *Rassenkampf*, 1883; Oppenheimer, *Soziologie*, II, pp. 176 ss.). Prescindiendo del hecho de que las diferencias puramente físicas han actuado en la historia con la misma frecuencia tanto en un sentido de atracción como de repulsión, la oposición o comunidad políticas no aparece determinada en manera alguna por el grado de parentesco real y antropológico, sino principalmente por tradiciones que gradualmente se convierten en "instinto"; si se trata aquí de diferencias aparentes de carácter

hereditario o de otro carácter, es cosa que no ejerce mayor influjo (cf. M. Weber, *Economía y Sociedad*, II, pp. 62 ss.). La base primera de la teoría política de la raza es la creencia subjetiva en la existencia de una comunidad objetiva de origen y de que con ésta viene dada una conducta política determinada.

En los tiempos modernos esa teoría se remonta a la obra del conde de Gobineau, *Sur l'inégalité des races humaines*, aparecida en 1853. En Alemania fue popularizada por el amigo de Gobineau, Richard Wagner, y por su yerno, H. St. Chamberlain.

La valoración de las razas según sus cualidades culturales, tanto políticas como de otra índole, no ha variado desde los tiempos de Gobineau, aunque hayan cambiado el número y los nombres de aquéllas así como el material auxiliar antropológico. La raza llamada hoy nórdica es considerada como la más capaz políticamente. El hombre nórdico, según Günther, es el de más juicio, el más veraz y activo, el hombre verdaderamente libre, el que se mueve, ante todo, por el sentido de la justicia. Tiende al aislamiento de la estirpe en la vida estatal. En su más alto desenvolvimiento, la raza nórdica "y sólo ella, es la que ha dado y da actualmente los grandes hombres de Estado". En algunos casos —"debido casi siempre a contaminaciones de la raza oriental"— las esencias nórdicas pueden degenerar en una gris imitación de lo extranjero. El hombre nórdico se halla singularmente dotado "para emprender grandes acciones y conquistas, para la guerra, el arte de gobernar, la formación de Estados y, asimismo, para la reflexión filosófica y científica y para la creación artística". Al modo como las altas capas sociales del pueblo son las que tienen mayor cantidad de sangre nórdica, así también los pueblos conductores de la tierra son aquellos que tienen mayor dosis de ingrediente nórdico (pp. 148 ss.). Según Otto Haüser, los hombres de Estado y los caudillos de todos los tiempos y pueblos son de genio puramente nórdico; incluso los verdaderos jefes de pueblos negros, "que muy pocos viajeros pueden ver —ya que, de ordinario, aparecen ante ellos como jefes quienes sólo son meros sustitutos o reemplazantes— serían mucho más claros que su pueblo" (*Rasse und Kultur*, 1924, pp. 37, 39). Por su religión, el hombre nórdico sería protestante. La raza dinárica que, para Günther, se halla "en segundo lugar" entre las razas europeas por sus cualidades espirituales, poseería fortaleza, rectitud, espíritu guerrero y laboriosidad, así como una cierta capacidad para el comercio. Como "raza hermana" de la del Asia Anterior (armenoide), es racialmente semejante a la judía; pero sus cualidades psíquicas se diferenciarían "harto fuertemente" de las de la raza hermana (Günther, pp. 178 ss., 124 s.), afirmación que contradice la supuesta conexión entre el cuerpo y el alma de una raza. El tercer lugar corresponde a la raza occidental, la cual

sería apasionada e inquieta pero carecería de una fuerza espiritual creadora sobresaliente. Aparte de esto, el hombre occidental estaría excesivamente dominado por el sexo, aunque sin la debida profundidad, y de aquí nacería su inclinación a la crueldad y a la pereza. El espíritu del protestantismo le sería extraño. Su honor consistiría más en valer que en ser; y en lo político es versátil y amigo de los cambios.

Pero la peor calificación se la lleva la raza alpina u oriental, que se estima descendiente de mongoles asiáticos. Esta raza se extiende hoy por toda la Alemania central y meridional, especialmente por Franconia, Turingia, Baden, Württemberg, Alsacia-Lorena, Suiza, Austria y las regiones del este Alemán. De este hombre se dice que es, ciertamente, trabajador pero egoísta, mezquino, sin sentido del honor, siéndole extraña toda nobleza; es un burgués que sólo piensa en sí, en su familia, su granjería y su tranquilidad. Es incapaz de concebir grandes acciones. Y ni siquiera se preocupa de su pueblo; "raramente la provincia o el Estado aparecen en el mundo de sus conceptos". El amor a la patria es en él mucho más flojo que en las otras razas europeas y "a veces incluso falta". Merece citarse aquí que el padre de la teoría de la raza, Gobineau, afirmaba que la idea de la patria era una "monstruosidad cananea" impuesta por los semitas a los arios (cf. Hertz, p. 208). Y hasta se llega a señalar a qué partido pertenece el alma de la raza oriental. En la actualidad esta raza se halla más a su gusto en los partidos liberales y socialistas, siendo siempre "la raza adecuada para ser conducida". Políticamente representa en todo momento el principio de igualdad, debiendo conceptuarse al bolchevismo como un movimiento que lleva su sello. Además de su envidia rencorosa y de su falta de limpieza corporal, se dice del alma de la raza oriental que, para ella, amor y dinero son conceptos muy próximos (Günther, pp. 171 *ss.*). Últimamente los teorizantes de la raza se han puesto, en general, de acuerdo para atribuir al hombre oriental, quien, por otra parte, propendería en religión al catolicismo, todas las malas cualidades que el antisemitismo suele considerar como patrimonio hereditario del pueblo judío. Para Otto Hauser, por ejemplo, el hombre oriental "es, ante todo, hombre de negocios. Como tal, es diligente pero sin escrúpulos [*unfair*]; no rehusa apelar a cualquier trampa; se rebaja para ganar un centavo... nada le interesa fuera de sí mismo y su dinero, con lo que busca sólo servirse a sí propio... es negociante en todo, incluso en el 'amor'... Sólo gracias a la infusión de mucha sangre nórdica va perdiendo su radical bajeza" (citado, manifestando estar plenamente de acuerdo con él, por Günther, p. 173). Hasta se llega a determinar los colores del alma de las diferentes razas, siendo los de la raza oriental el violeta y el castaño (Günther, p. 176).

Respecto a la proporción en que entra cada raza en la composición de los diferentes pueblos, es cosa sobre la que varían considerablemente las apreciaciones, siendo todas más o menos arbitrarias. La parte de sangre nórdica que entra en la composición del pueblo alemán varía, por ejemplo, en Günther según la edición de su obra: en la 4ª asciende al 60 % y en la 15ª (p. 295) es sólo de un 50 %; el elemento racial oriental sería de un 20 %, el dinárico de un 15 % y el occidental de un 2 %. El teórico norteamericano de la raza, Grant, a quien, por lo demás, se refiere con complacencia Günther en otros casos, estima —"probablemente para rebajar al pueblo alemán"— que los alemanes tienen sólo un 10 % de sangre nórdica contra un 90 % de sangre oriental (Günther, pp. 207 *ss.*).

Todas estas afirmaciones de la teoría de la raza podrían ser objeto de discusión científica únicamente en el caso de que fuera posible determinar científicamente, en primer lugar, el concepto de raza y, en segundo lugar, el método mediante el que los seguidores de aquella teoría llegan a imputar a la raza hechos de tan extraordinaria importancia (cf. Weber, *Soziologentag*, pp. 188 *ss.*). Precisamente porque los hechos que se utilizan para responder a las cuestiones antropológico-sociales, aun prescindiendo de sus bases de teoría de la raza, aparecen "comprobados científicamente sólo en muy pequeña parte" (Plötz, p. 590), era de esperar una mayor claridad conceptual y metódica. Pero de ella no se encuentra la más mínima porción en toda la Antropología política. Los mismos escritores entienden por raza unas veces un concepto científico-natural y otras una idea platónica (Günther, pp. 14 *ss.*; Wolf, *Angewandte Rassenkunde*, 1927, p. 27). Lo que distingue, desde un punto de vista psíquico-espiritual, a las razas, y qué cualidades con relevancia para la política pueden estimarse hereditarias, son cosas sobre las que reina la más completa oscuridad. Apélese, para eliminar la propia inseguridad, a la denominación "alma racial". Pero ¿qué significa esta denominación? ¿Se hereda siempre el alma racial con un determinado cuerpo racial en conjunto o es heredable también en "partes"? ¿Significa el alma racial únicamente la manera característica de reaccionar psíquicamente frente a las excitaciones o implica, además, ciertos contenidos de conciencia? Para empezar por la última cuestión, es indudable que una herencia racial de contenidos culturales, de completas concepciones del mundo, religiones, doctrinas sobre el Estado y programas de partidos políticos, es algo que, naturalmente, pertenece al reino de la más primitiva superstición. Sólo puede, en todo caso, heredarse una predisposición psíquico-física. La ciencia no ha llegado aún a descubrir la existencia de una herencia racial de caracteres políticamente significativos. Que la mayor o menor capacidad intelectual de una raza no se puede explicar por sus

caracteres físicos es cosa que el mismo Günther, por ejemplo, tiene que admitir (p. 160).

¿De dónde sacan, pues, los teóricos de la raza las ideas que con tanta seguridad presentan sobre las almas raciales que se heredan y sus contenidos políticos? Se pretende que sólo la raza "pura" posee un alma racial unitaria; que la mezcla de razas engendra escisión y constituye —correspondiendo al nivel espiritual-moral de estos científicos— la causa del pecado original del cristianismo. Pero ellos mismos reconocen que no hay razas "puras" y que, incluso, en el estricto terreno de los fenómenos, el cuadro hereditario del individuo es siempre dudoso. ¿En qué objeto, pues, pretenden apoyar su investigación sobre las almas raciales?

¿Cómo llegan a afirmaciones "científicas" respecto a los "hechos" que interesan al estudio de las razas? Conviene citar algunos ejemplos, entre muchos semejantes, que no son, sin embargo, los más estupendos. Dice Günther: "Las observaciones realizadas entre los estudiantes de la universidad de Viena, en los pasillos y aulas, me permiten conjeturar que la raza dinárica no se siente tan atraída a la actividad científica como la nórdica." Esta conclusión, tan científica, le basta a Günther para clasificar la capacidad intelectual de ambas razas (p. 180). La mayor aptitud guerrera de la raza nórdica se prueba científicamente remitiéndose a las ilustraciones de la revista *Woche* (p. 408). Y aun es mucho el aportar pruebas semejantes para las más serias afirmaciones. En general para hacer una afirmación científica basta que cualquier persona de ideas análogas a las del autor haya sostenido algo parecido en cualquier tiempo y lugar. Así, por ejemplo: Un escritor nacionalista, con el objeto de excitar los ánimos de los austriacos contra Italia, en la primera Guerra Mundial, inventó el cuento de que el celebrado cantor de la *italianità*, D'Annunzio, se llamaba realmente Rappaport y era oriundo de Galizia. Günther utiliza en seguida el dato y publica el retrato del escritor italiano con el siguiente pie: "Judío de Italia (¿Galizia?), D'Annunzio, escritor en lengua italiana"; y, páginas después, afirma con profunda penetración científico-racista que D'Annunzio no llega a poseer el idioma italiano "verdaderamente castizo" precisamente "por motivos de sangre" (Günther, pp. 465, 487; cf. en contra Hauser, p. 300 y tabla 23).

El valor, tanto científico como de propaganda, de esta especial antropología política depende del supuesto de que a la raza en sentido físico, como objeto de la ciencia natural, corresponde siempre una raza, en sentido psíquico-espiritual, como objeto de la ciencia de la cultura y, por consiguiente, que con un tipo físico perceptible y mensurable se hereda siempre una determinada conducta con significación cultural. La apelación a los meros instintos raciales no podía naturalmente fun-

damentar una ciencia y despierta, asimismo, en la actual opinión pública, la mayor desconfianza. Y así, *v. gr.*, H. St. Chamberlain, que se abandona completamente a su instinto racial, dedica, sin embargo, su obra, que tanto ha influido y en la que sostiene la inferioridad de los judíos para la ciencia, "como expresión de determinadas convicciones científicas y filosóficas", a un escritor de ascendencia hebrea.

Contra tales fracasos aspiran a protegerse los actuales creyentes de la religión de la raza mediante una pretendida seguridad proporcionada por la ciencia de la naturaleza. Pues la teoría de la raza, de esencia monista-materialista, quisiera establecer que en un cuerpo nórdico sólo puede habitar un alma nórdica. Por ello es tanto más sorprendente que los pocos doctrinarios de la raza que han tocado, aunque sólo superficialmente, la decisiva cuestión del método, vacilen, en su indagación, sobre sus propios fundamentos al rechazar enfáticamente todo materialismo, naturalismo y biologismo, apelando a patéticas citas de Schiller: "Es el espíritu el que hace al cuerpo" (Wolf, pp. 27 *s.*; Günther, pp. 426 *ss.*). A la postre se admite que la herencia puede reunir en una persona, por ejemplo, un cuerpo predominantemente alpino (oriental) con cualidades psíquicas predominantemente nórdicas. Y vienen a liquidar definitivamente sus propias bases cuando declaran estar de acuerdo con aquella frase de Lenz: "Un alemán de pelo negro puede tener tan buenas cualidades nórdicas de alma como uno rubio" (Günther, páginas 244, 427).

De este modo se desecha, por completo y expresamente, toda conexión entre la raza física y la pretendida alma racial; la antropología científico-naturalista aparece como un trabajo accesorio meramente decorativo, y la teoría del alma de las razas como un producto arbitrario de la fantasía. Y ello es así porque la raza no es nunca sujeto de una actividad política o en general cultural sino, en todo caso, el pueblo. Pero, según se reconoce, el concepto de raza "nada tiene que ver" con el de pueblo (Günther, p. 14). La conducta política de un pueblo está determinada por una numerosa pluralidad de circunstancias naturales e histórico-sociales, entre las que, con certeza, figuran ciertos factores antropológicos heredados. En todo caso las formas y fuerzas políticas de un pueblo son el resultado de una cooperación tan compleja de actividades físicas y psíquico-espirituales, gubernamentales, diplomáticas, militares y culturales que hacen ridícula toda clasificación según porcentajes raciales.

Por esta razón, los grandes historiadores, etnólogos y sociólogos han rechazado la concepción racista de la historia. Eduard Meyer dice que por vez primera en nuestra época "se ha atribuido a las diferencias externas una significación interna, y algunas teorías que llevan su extremismo hasta el absurdo han dado al factor racial una importancia

que nunca ha tenido y que está en oposición con toda la experiencia histórica" (*Gesch. des Altertums,* I, I, pp. 77 ss.). Oswald Spengler ha hecho una crítica muy ingeniosa de las teorías de la raza (*La decadencia de Occidente,* II, pp. 146 ss.). "La raza –dice Ratzel–, nada tiene que ver con la posesión de la cultura en sí misma" (en Hertz, p. 23). "Ateniéndonos al testimonio de la historia universal", observa Kjellèn (*Staat als Lebensform,* p. 106), "la sangre, en la vida de las naciones, tiene muy poco más cuerpo que el agua". Uno de los más famosos antropólogos, Félix v. Luschan, declara: "No hay raza alguna que, en sí misma, sea inferior... Las diferencias entre las diversas razas, especialmente en lo que concierne a las cualidades morales y a la inteligencia, no son tan grandes como las que pueden existir entre individuos de una misma raza" (pp. 187 s.; cf. además Michels, "Wirtschaft u. Rasse", *Grundr. d. Sozialökon.,* I).

Si sólo se tomaran en cuenta las conexiones reales y cognoscibles que existen entre el Estado y la raza, la Teoría del Estado podría contentarse con formular algunas declaraciones negativas. Pero se ve obligada a una más detenida discusión del tema a causa de que, en los últimos tiempos, se cree en una conexión que se estima basada en la ciencia natural, conexión que no existe y que aunque existiera no podríamos conocerla, y esta ilusión racial ejerce, como ideología encubridora, el mayor influjo. Ello constituye el más claro ejemplo de hasta qué punto puede descender la capacidad de juicio del hombre a causa del contagio psico-multitudinario y por los impulsos de voluntad política. Así sucede que hombres, por lo demás de respetable inteligencia, crean que sólo la raza nórdica pare genios, aunque se haya dado el caso de que los más geniales alemanes, como Durero, Lutero, Leibniz, Kant, Goethe, Beethoven, Bismarck, etc., no fueron en modo alguno nórdicos, habiendo sido incluso algunos de ellos –para emplear su misma terminología– calificados expresamente de alpinos u orientales. Añádase a esto que allá donde la raza nórdica se mantuvo relativamente más pura, en Escandinavia, apenas llegó a alcanzar importancia destacada para la historia del mundo. Los racistas rechazan la evidente conclusión, por lo demás ya deducida por Gobineau, de que la cultura sólo surge con la mezcla de razas, para poder así sostener la afirmación absurda, pero concorde con sus propósitos políticos, de que la raza nórdica despliega por vez primera sus capacidades creadoras en la clase de los señores, "como elemento superior" sobre las demás razas (Günther, p. 423).

Aparece, de esta suerte, la creencia racista como una de las ideologías encubridoras más inconscientes y, justamente por eso, más eficaces para el logro de determinados objetivos en la lucha política interna o exterior. En la política interna se utiliza casi sin excepción

para legitimar el poder actual de la clase dominadora. En tal sentido, esta clase se considera como superior y destinada por la naturaleza para mandar, en tanto que el enemigo liberal o socialista es considerado miembro de la raza oriental que se estima inferior. Por esta razón la propaganda política divulgó la falsa especie de que el socialista Liebknecht era judío de modo análogo a como lo hizo la propaganda de guerra con D'Annunzio o Lord Northcliffe. Y en manera aún más divertida procedió el *Popolo d'Italia* de Mussolini con los rumanos, pues cuando se esperaba que entrarían en la pasada guerra del lado de los imperios centrales dijo de ellos que eran una turbia mezcla de pueblos bárbaros y primitivos y de chusma y, más tarde, cuando se decidieron a unirse a los aliados, los llamó "dignos descendientes de los antiguos romanos" (Goldstein, pp. 23, 152).

No es exagerado decir que la creencia racista contribuye en medida importante a la total destrucción de la comunidad nacional de cultura y de la unidad política del pueblo. Al disolver la aptitud histórica del pueblo, siempre racialmente mezclado, la idea racista implica, ciertamente, la vuelta, en su más crudo sentido, al "ser ahistórico" (Günther, p. 10). Cuando se llega a valorar el espíritu por la "sangre", cuando aparecen teólogos cristianos que estiman necesaria una vindicación racial de Jesús, cuando se toma en serio a ciertas personas que condenan el espíritu de Goethe a causa de sus ingredientes raciales originarios "del Levante" (Hertz, p. 230), cuando se niega que Richard Wagner sea alemán porque Nietzsche supone que es de oriundez hebrea y cuando se llega a decir que la mayor parte del pueblo alemán es de sangre "poco deseable", pudiera creerse que se aproxima el ocaso de la cultura en Europa. El creciente nacionalismo, al que la mística política de la raza estaba destinado a reforzar en un principio, se destruye a sí mismo al postular una internacional "nórdica" (Günther, pp. 415, 424). Las consecuencias políticas de esta labor destructiva, que se estimaba nacional, son claras. El propio Günther no puede negar que la exposición pública de los "hechos de la doctrina racista" puede contribuir a dividir una vez más al pueblo alemán ya tantas veces dividido. Admite incluso que el dar a estas cuestiones raciales una "publicidad realmente amplia es siempre perjudicial", y mientras no queden restringidas al campo de las "meras afirmaciones científicas" (pp. 413 s.). ¿Acaso el hecho palmario de que las repetidas y numerosas ediciones de sus libros y las conferencias con proyecciones tienden a una publicidad "realmente amplia" y a la agitación partidarista fue cosa que se le escapó, al igual que lo discutible de sus afirmaciones científicas?

Antes de la Revolución francesa el historiador Boulainvillèrs había reclamado más privilegios de poder para el noble, al que suponía de origen franco y que había subyugado a los celtas. El abate Sieyes abrió

la Revolución francesa con el opúsculo polémico *Qu'est ce que le Tiers État?*, en el que se lee: "El tercer Estado no debe temer la vuelta al pasado. Será reintegrado al momento que precedió a la invasión, y, puesto que hoy es lo bastante fuerte para no dejarse subyugar, su resistencia será sin duda más eficaz. ¿Por qué no habrían de ser expulsadas a los bosques germánicos aquellas familias que perpetúan la inicua expoliación, que descienden de la raza de los conquistadores y han heredado sus derechos? La nación unida podrá entonces sentirse confortada, como creo, con el pensamiento de que está formada únicamente por descendientes de galos y romanos." La actual lucha de clases pudiera también, mediante su trasmutación en una lucha de razas, extraer consecuencias semejantes.

Resumiendo, diremos que no hay camino alguno científicamente transitable que conduzca desde la raza primaria o natural al Estado. La raza, como unidad del modo de ser corporal y psíquico invariable a través de siglos y aun de milenios, no es un hecho de la naturaleza y, mucho menos, una realidad cultural o una unidad política de acontecimientos, sino exclusivamente una ideología encubridora nacida en los últimos decenios a fin de servir a determinadas exigencias políticas. La teoría racista es completamente insuficiente, incluso como ideología de legitimación, ya que viene a dividir el Estado y, a causa de la diversa valoración que hace de los habitantes, no lo podría legitimar como unidad política del pueblo.

Otra cosa es cuando el lado corporal de la unidad de acontecer que es el pueblo se ve en la raza secundaria o cultural.

B. *El pueblo como formación cultural*

NEUMANN: *Volk und Nation*, 1888; O. BAUER: *Das Nationalitätenproblem u. die Sozialdemokratie*, 1924; HERTZ: "Wesen u. Werden der Nation", *Jhrb. f. Soziologie*, vol. supl., 1927; LIERMANN: *Das deutsche Volk*, 1927; FELS: *Begriff u. Wesen der Nation*, 1927; ZIEGLER: *Die moderne Nation*, 1931; BOEHM: *Das eigenständige Volk*, 1932; HELLER: *Sozialismus u. Nation*, 1932.

El pueblo, en cuanto formación cultural, no desempeñó, ni en la Antigüedad ni en la Edad Media, papel de importancia en la formación de los grupos políticos. Hasta el siglo XIX no existió una teoría ni una práctica de la política construida de modo consciente sobre la peculiaridad cultural del pueblo. Incluso la conciencia que se llega a tener del pueblo, como tal, cosa que en la Europa central y occidental empieza en el Renacimiento, en el Oriente europeo a finales del siglo XVIII y que actualmente se inicia en Asia, no ejerce al principio influjo alguno. Sólo cuando se liquida el orden social estamental y se afianza

la sociedad civil, y cuando, al tambalearse la forma monárquica de gobierno, comienza a desvanecerse la diferenciación dinástica entre los Estados, se constituye el pueblo como "nación" política. A partir de la Revolución francesa, y en nombre de la soberanía del pueblo y de la soberanía nacional, el mundo político europeo se ve, en lo exterior, distribuido de manera diferente y, en lo interior, radicalmente revolucionado.

El pueblo, al que por motivos tanto históricos como sistemáticos hemos de distinguir de la nación, no puede ser considerado como una raza natural, pero tampoco como una formación del espíritu. No es, en modo alguno, un "ente puramente espiritual" (Lazarus, *Was heisst national?*, 1880, p. 13) y menos aún puede afirmarse de él que sea una "comunidad, y, como toda comunidad, espíritu" (Liermann, p. 17). Como en toda realidad social, en el pueblo, también, el dualismo naturaleza-espíritu sólo puede concebirse dialécticamente.

Cada pueblo tiene su propio cuerpo físico que se mantiene mediante la reproducción natural. El pueblo, en este su aspecto natural, es la población; como tal, puede ser captado por conceptos matemáticos y de las ciencias naturales, por ejemplo, por la Estadística y la Medicina, y constituye el objeto de la Política demográfica. Pero no hay uno solo de entre los pueblos de cultura que proceda de una única comunidad originaria. Todos, por el contrario, se han formado de grupos raciales y étnicos muy diversos; los franceses actuales descienden de romanos, galos, bretones y germanos; los italianos de etruscos, romanos, celtas, griegos, germanos y sarracenos. En los tiempos más recientes los norteamericanos han formado un nuevo pueblo con casi todas las razas y pueblos de la tierra.

Si el pueblo no es, pues, una comunidad originaria del tronco racial, llega a formar, sin embargo, en el correr de los tiempos, una conexión física de generaciones. Los hombres unidos por vínculos culturales de religión, de idioma, políticos o de otra índole, y no separados por la prohibición del *connubium*, llegarán a crear, por medio de matrimonios repetidos, un aspecto físico unitario, una comunidad de sangre que llamamos raza secundaria o cultural. Esta naturaleza operada por la cultura, que se manifiesta más en los movimientos, los gestos y el aspecto general, que en datos que puedan captar las ciencias naturales, puede asimilarse, con más o menos facilidad, según la fuerza de su sello, elementos extraños. No es aquí, pues, la sangre la que engendra al pueblo y al Estado, sino, cabalmente, lo contrario. El mismo H. St. Chamberlain, quien no trata de hacer una determinación científica del concepto de raza, sino que se conforma con referirse a la "raza tal como se siente internamente", en realidad se refiere sólo a la raza cultural por cuanto dice: "Es casi siempre la nación, como formación

política, la que engendra la raza o, al menos, la que conduce a las más altas y más individuales acciones de la raza" (I, pp. 343 s.). No es, pues, la raza natural "la que forma el Estado sino, al revés, el Estado el que forma la llamada raza" (Liermann, p. 28). Especialmente en los tiempos en que existía un impuesto sobre la salida de la dote y en que era desconocida la libertad de cambiar de domicilio que conoció el siglo XIX, las fronteras políticas constituían, a la vez, para la mayoría de los habitantes, los límites dentro de los cuales habían de elegir su cónyuge. Por esta razón, el hecho, a menudo observado, de que el alemán tiene un rostro o un aspecto menos característico que el francés o el inglés debe atribuirse, en buena parte, al gran número de pequeños Estados en que Alemania estuvo dividida, con sus numerosas fronteras políticas y matrimoniales. No hay duda que una uniformidad real del tipo físico del pueblo sólo se puede encontrar en los pueblos más pequeños. Los pueblos grandes presentan, en cambio, una mutiplicidad de tipos aun cuando tengan un tipo ideal como modelo al que se aspira.

El vínculo que une al pueblo no se constituye ni por la cadena natural de las generaciones ni por ninguna otra característica objetiva. Claro es que en la formación del pueblo pueden tener importancia relevante la comunidad de origen y de la tierra, y aún más, la del idioma, la religión, las costumbres, el arte y la ciencia. Por esta razón, y a pesar de la igualdad del idioma, se han sentido los servios y croatas, hasta hace poco tiempo, pueblos distintos por pertenecer a diversas iglesias. Pero, por otra parte, los ingleses y norteamericanos y los daneses y noruegos hablan los mismos idiomas y son, sin embargo, y a pesar de no intervenir el factor religioso, pueblos diferentes. Ni la peculiaridad de un pueblo se revela en todas sus manifestaciones objetivas, ni bastan todas ellas para determinar la esencia de un pueblo.

Los criterios objetivos implican solamente ciertos supuestos y posibilidades de una conexión del pueblo, la cual, para que se convierta en realidad, ha de ser, en primer lugar, actualizada y vivida subjetivamente (cf. Ziegler, p. 54; Boehm, pp. 140 ss.). Por esta razón, la cuestión de la pertenencia a un pueblo no puede resolverse remitiéndose sencillamente a una determinación de la esencia según módulos objetivos espirituales o acaso físicos. El hecho del cambio de pueblo ofrece la prueba de que el pueblo no es una conexión que tenga el carácter objetivo de las leyes naturales y a la que el individuo venga a pertenecer de manera unívoca y definitiva, como "miembro" de un "organismo". Chamisso, nacido francés, que no aprendió el alemán hasta los diez años, que escribió sus primeras composiciones en francés y que no empezó a escribir en alemán hasta los veinte años, llegó, sin

embargo, a ser un alemán completo, y lo mismo le sucedió al inglés H. St. Chamberlain, quien aprendió más tarde la lengua alemana.

Al descubrirse la insuficiencia de los criterios objetivos, se intentó establecer una determinación subjetivista del concepto de pueblo. Así Lazarus declara que el pueblo es un producto espiritual de los individuos que a él pertenecen; "no son un pueblo, sino que lo crean incesantemente" (*ob. cit.*, p. 13). Después de él, Renan encontró la célebre fórmula de que la nación es "une âme, un principe spirituel", que se constituye por "un plébiscite de tous les jours" (*Qu'est ce qu'une nation?*, 1882, pp. 26 *ss.*). Pero también resulta insuficiente la explicación que dan las teorías subjetivistas. Como toda la realidad social, el pueblo se sustrae también a la antítesis antidialéctica de objetividad y subjetividad que, en general, se vincula a la oposición entre ser y conciencia, naturaleza y espíritu. El subjetivismo priva al pueblo de realidad al situarlo exclusivamente en la esfera subjetiva de la conciencia y de la decisión volitiva. Pero, por lo general, el hecho de pertenecer a un pueblo es algo impreso en el ser, que se basa en lo involuntario y que no se puede conseguir o alterar por un mero acto consciente. Precisamente la conducta no intencionada revela las marcas de la índole peculiar de un pueblo en forma mucho más pura que el narcisismo consciente de los nacionalistas. No es sólo en las altas creaciones artísticas e intelectuales donde el genio del pueblo se revela (Spann, *Gesellschaftslehre*, p. 488). El proletario alemán lleva a cabo su trabajo de distinta manera que su compañero americano o francés (cf. Bauer, p. xv).

El pueblo es también una realidad operante y operada, y la pertenencia a un pueblo se constituye por el hecho de que un ser, con la impronta de una conexión espiritual tradicional, actualiza esta conexión, de modo vivo, dentro de sí mismo. Cuando ello acontece con plena conciencia, la pertenencia al pueblo implica el representarlo voluntariamente con todas sus excelencias, y también —en algunos casos, no en todos— con sus defectos.

El pueblo cultural, que en sí es políticamente amorfo, se convierte en nación cuando la conciencia de pertenecer al conjunto llega a transformarse en una conexión de voluntad política. Para constituir la nación no basta en modo alguno el sentimiento de comunidad meramente étnica. Por eso, no se consideran, por ejemplo, los suizos alemanes o los alsacianos como formando parte de la nación alemana, a pesar de sentirse y saberse incluidos en la conexión espiritual tradicional del pueblo alemán (cf. M. Weber, *Economía y Sociedad*, IV, pp. 51 *ss.*). Sólo cuando un pueblo se esfuerza por mantener y extender su manera propia mediante una voluntad política relativamente unitaria —cosa que, por ejemplo, no sucede en los llamados pueblos naturales—, sólo entonces podremos hablar de una nación. Esta voluntad política no

precisa orientarse hacia la unión en un Estado. Y así puede acontecer que una minoría nacional que se organiza, dentro del Estado a que pertenece, en la unidad política de un partido o de un grupo cultural, no tenga el menor propósito irredentista.

Cuanto más intensamente desarrolle un pueblo la conciencia de su peculiaridad, y en consecuencia de su diferencia respecto a otros pueblos, en un sentimiento y conciencia comunes del "nosotros", en grado tanto mayor puede llegar a ser una "comunidad del pueblo" y en el terreno político, una nación. Pero es sólo en muy raros y breves momentos de la historia —y en ello debe insistir de manera especial la Teoría del Estado— cuando la nación es capaz de obrar como unidad política, y aun en esos momentos la unidad nacional no coincide nunca con la totalidad del pueblo. El problema de si es aceptable la concepción romántica según la cual la comunidad espiritual y política del pueblo es una unidad apriorística y constantemente activa se enlaza estrechamente con la cuestión de si el pueblo es una unidad preexistente o si es creada por el mundo exterior. Cabe aplicar aquí todo lo dicho anteriormente (pp. 94 s.) sobre la relación general entre disposición y medio. La doctrina romántica de un espíritu del pueblo originario, que actuara en lo profundo de la vida histórica como demiurgo de toda la realidad cultural, tanto política como de cualquier otro carácter, no tiene sustentadero alguno en la historia y pertenece al reino de la mala metafísica. De otra parte, empero, tampoco cabe admitir la idea de que el pueblo no sea más que la suma de los diversos influjos del mundo exterior o de los miembros que lo integran en el momento presente. El pueblo es una estructura histórica. La conexión del pueblo ni puede considerarse como un mero derivado de sus actuales integrantes ni éstos pueden ser derivados de aquélla (cf. *supra*, pp. 79 s.).

Por encima de sus componentes y fuera de ellos no existe pueblo alguno. Pero ellos pueden constituir su pueblo bajo las condiciones impuestas por el medio, únicamente porque la conexión del pueblo, históricamente cambiante, actúa dentro de ellos, y mientras así sea. No hay duda que el pueblo muestra, a través de los cambios, una permanencia y constituye una unidad de acontecer a la que pueden imputarse hechos históricos. Sin embargo, el carácter del pueblo, que sobrevive en el correr de los tiempos, no puede ser considerado, como lo hacían los románticos, como un inmutable espíritu del pueblo, ni sustancializado en una conciencia y una voluntad del pueblo que procedieran siempre de manera unitaria. La peculiaridad del pueblo se halla inserta en el curso de la historia y nace de un constante intercambio de asimilación y singularización respecto a la naturaleza y a la cultura circundantes.

Gran confusión produjo en la Teoría del Estado el hecho de que, a partir de Rousseau y del romanticismo, se haya atribuido al pueblo, como nación, una personalidad con sensibilidad y conciencia, voluntad política y capacidad política de obrar. El pueblo se convierte así, de manera metafísica, en una comunidad de voluntad *a priori* y en una unidad política preexistente, lo que no responde a la realidad, ni presente ni pasada. La nación, tal como hoy la entendemos, fue desconocida en la Edad Media, y todavía en el siglo XVIII los vínculos eclesiásticos y dinásticos aparecían en la política mucho más fuertes que los nacionales. Hasta la época del capitalismo avanzado no se constituyeron los pueblos en naciones. Es a partir de la Revolución francesa y del imperialismo napoleónico, y al principio como reacción contra éste, cuando las naciones, en creciente medida, aparecen como las más pujantes fuerzas formadoras de Estados. En ciertos círculos era de tal evidencia el concepto de Estado nacional que se pudo afirmar que "el Estado y la nación" eran "compañeros inseparables" (Kirchhoff, *Nation u. Nationalität*, 1905, p. 47). Las ideas nacionalistas y demoliberales contribuyeron por igual a introducir subrepticiamente en el concepto de nación el de la unidad política de acción que, propiamente, sólo corresponde al Estado. Tuvo, para ello, importancia decisiva el esfuerzo, realizado en general de modo inconsciente, por identificar al pueblo con la nación y, finalmente, con el pueblo del Estado. Todavía a principios del siglo XIX se entendía por nación la clase dominadora por su cultura y propiedad, la "parte mejor del pueblo, la que piensa", como en 1818 decía Hans von Gagern. La voluntad política relativamente unitaria de esta clase fue equiparada a la voluntad unitaria del pueblo, que alcanzaba así su definitivo volumen para la formación de la voluntad del Estado, considerándosela además como la expresión legítima del espíritu nacional del pueblo. El pensamiento demoliberal relativizaba, de tal suerte, el Estado al pueblo, y el nacionalismo, en cambio, el pueblo al Estado. En ambos casos se convierte al Estado en función de una voluntad solidaria común del pueblo.

La equiparación de los referidos conceptos de pueblo y nación con las expresiones semejantes de soberanía del pueblo y soberanía nacional y la de voluntad estatal del pueblo constituye una de las confusiones características de la Teoría del Estado del siglo pasado. Rousseau ya había hecho del "pueblo", que no podía ser representado, una personalidad capaz de obrar, al identificar la voluntad unitaria del pueblo con la *volonté générale* del Estado. En la constitución francesa de 24 de junio de 1793 se lee: "Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français", art. 7. Y el artículo 131 de la constitución de Frankfurt de 28 de marzo de 1849 dice: "El pueblo alemán está formado por los miembros de los Estados que constituyen el Imperio alemán".

La Teoría del Estado de aquel tiempo no distinguía, o sólo lo hacía de modo muy impreciso, entre pueblo, nación y pueblo del Estado, y hasta confundía el pueblo del Estado con el pueblo que forman los ciudadanos del Estado, o sea la suma de los que al Estado pertenecen según el derecho positivo, lo que no es de extrañar que acaeciera a principios del siglo XIX, dado que la ciudadanía jurídica es un concepto muy reciente que, en Prusia, por ejemplo, sólo se conoce desde 1842 (cf. Giese, *Grundrechte,* 1905, pp. 94 s.). Con estas identificaciones se preparaba una relativización del Estado al pueblo que se puede observar, finalmente, en autores de todas las tendencias políticas. Savigny llamaba al Estado "la manifestación orgánica del pueblo" (*System d. heut. röm. Rechts,* I, p. 22). Y Mohl decía: "El conjunto de los miembros del Estado constituye el pueblo o la nación" (*Enzyklopädie,* p. 119).

Stahl y Gierke negaron el dualismo de pueblo y Estado tan radicalmente como Preuss (cf. Liermann, pp. 67, 75).

Los pensadores románticos, nacionales y demoliberales elaboraron con los más varios matices políticos, y en evidente oposición con la realidad social, la ficción de una comunidad del pueblo homogénea social y políticamente, con un espíritu y una voluntad política unitaria, cuyo producto más o menos automático o aun mero epifenómeno, se decía que era la unidad estatal. Todas las brumas de las opiniones dominantes fueron recogidas en aquella afirmación de Leibholz (*Repräsentation,* 1929, p. 46): "La comunidad del pueblo es, en cuanto comunidad concreta de valores, una unidad ideal que actúa de modo real, y, a la vez (!), dado que la unidad estatal sólo puede ser fundamentada en la esfera política, es una unidad ideal política."

La realidad del pueblo y de la nación no revela, empero, por lo general, unidad alguna, sino un pluralismo de direcciones políticas de voluntad, y, aun en los casos de pleno apogeo nacional, existe siempre, frente a la unidad nacional que tiene su expresión en la actuación del Estado, un grupo en el pueblo que disiente de ella en los fines o en los medios. Es inadmisible, sobre todo en la actual sociedad de clases, hablar de una unanimidad política, capaz de obrar, de la conexión nacional de voluntad. Numerosos antagonismos políticos se producen a causa del aspecto político que presenta también el vínculo clasista, y asimismo, dentro de cada clase, por las varias oposiciones de naturaleza económica, espiritual, confesional, dinástica, etc., que en ella se dan.

Hay, pues, que oponerse lo mismo a Rousseau que a los románticos, pues unos y otros han convertido a la legalidad peculiar del Estado en una metafísica del pueblo por la cual el Estado queda reducido a simple fenómeno de expresión del pueblo democrático o de la nación romántica. La *volonté générale* rousseauniana presenta también un

tinte puramente romántico por cuanto implica una armonía política y un acuerdo de voluntades, anteriores al Estado, cosa que nunca se da en la realidad del pueblo, que es siempre de carácter antagónico. Los ideales demoliberales de una "representación popular" como "espejo" de la voluntad del pueblo, y de un gobierno que no debe ser sino la "expresión" del parlamento, se nutren de la ficción de una voluntad popular sin contradicciones y no se distinguen de la utopía de Marx y Engels de una sociedad futura sin Estado más que por el hecho de que en ésta esa voluntad popular sin contradicciones sólo se puede dar en la sociedad sin clases, en tanto que la concepción demoliberal admite que es realizable en la misma sociedad civil.

En la metafísica del espíritu del pueblo, que, a partir de Hegel, cobra, en general, un sentido estatal, se rechaza el dualismo de Estado y pueblo. "Puesto que el espíritu", como dice el filósofo de la identidad, "sólo es real según lo que él sabe que es, y el Estado, como espíritu de un pueblo, es, a la vez, la ley que penetra todas sus relaciones, la moral y la conciencia de sus individuos, la constitución de un pueblo determinado depende del modo y formación de la conciencia de sí mismo... Así, pues, todo pueblo tiene la constitución que le conviene y corresponde" (*Rechtsphilosophie*, § 274).

Aquí, y más aún en los románticos, el pueblo y su espíritu se consideran como una sustancia *a priori*, unitaria y magnífica, que es capaz de engendrar la voluntad unitaria del Estado, no sólo entre los miembros del pueblo sino incluso en todo el pueblo del Estado y en todos los miembros del Estado. Si es el Estado el que se funde en el pueblo, o al contrario, ello no tiene, para nuestro objeto, mayor importancia. En uno y otro caso se suprime la dualidad de Estado y pueblo y se deja de lado la autonomía de lo estatal y, en general, también la de la esfera jurídica. Como el espíritu del pueblo, único y solo, emana de sí, junto con todas las demás manifestaciones culturales, también el Estado y el Derecho, la ley de su formación es asimismo la del Estado y del Derecho, que pierden por eso su legalidad peculiar.

No puede aceptarse que el pueblo o la nación sean una unidad en cierto modo natural, anterior a la del Estado, que viniera a constituir a ésta en virtud de su propia efectividad. Muy frecuentemente fue la unidad del Estado —como antes dijimos (pp. 175-76)— la que, al contrario, cultivó y creó la unidad "natural" del pueblo y de la nación. Con sus medios de poder, el Estado se encuentra en las mejores condiciones para hacer un solo pueblo de pueblos diferentes por la lengua y la antropología. El pueblo francés tiene hoy un lenguaje unitario gracias a los reyes del norte de Francia que convirtieron a la lengua de "oui" en lengua oficial, en contra de la lengua de "oc", más desarrollada. Decisiva importancia suele tener para la formación de la

conciencia de pertenecer a un pueblo y, con mayor razón, para la de una voluntad nacional, el hecho de haber vivido en común el mismo destino en un Estado.

No puede, pues, considerarse al Estado como simple función de la unidad del pueblo o de la nación. Su peculiar legalidad no consiste tampoco en ser una organización cualquiera del pueblo, aun cuando ésta sea de carácter político. La concepción que, bajo nuevas formulaciones, vuelve una y otra vez, según la cual por Estado popular debe entenderse "la absoluta identidad del Estado con el pueblo políticamente organizado" (como Preuss, *Das deutsche Volk und die Politik*, 1916, p. 110), ignora la autonomía específica del Estado. Pueden concebirse organizaciones políticas del pueblo y de la nación que se diferencien del Estado no sólo cuantitativa sino también cualitativamente. Y así, por ejemplo, se propuso la fundación de una alianza a la que podrían pertenecer todas las personas de origen alemán, haciendo abstracción del Estado de que formaran parte (Schätzel, *Die Rechtsbeziehungen der Auslanddeutschen zum Reich*, 1921, pp. 40 ss.); aun cuando esta organización no tuviese propósito alguno irredentista y se dedicara sólo al fomento de la cultura alemana, su carácter político y a la vez supraestatal sería incuestionable. Hay, pues, que distinguir radicalmente entre organización del pueblo y organización estatal.

Resulta así, y ello será desenvuelto en los siguientes capítulos, que es absolutamente imposible hacer de la unidad estatal algo relativo, cuya sustancia sería el pueblo. Claro es que no puede ignorarse que los lazos unificadores que se realizan en el "pueblo" constituyen una de las condiciones para el nacimiento y permanencia de la unidad estatal. Cuanto más fuertemente actúe un contenido de voluntad política común, tanto menos precisa ser unificado por el poder estatal. Pero el pertenecer al "pueblo", el llegar a integrarse en su unión, espontánea y a la vez estatal-autoritaria, es cosa que depende de las circunstancias histórico-sociales, o, dicho más exactamente, de cuáles capas y clases han adquirido autoconciencia política y se hallan en condiciones de participar activamente en la vida del Estado. Todo Estado, ya esté organizado de manera democrática o autocrática, se encuentra siempre con el problema de determinar qué porción se halla ya realizada, en cada momento, como contenido de voluntad común "orgánico", y cuánto puede y debe todavía ser unificado racionalmente y "organizado" por medio de la autoridad. El objeto específico de la política consiste siempre en la organización de oposiciones de voluntad sobre la base de una comunidad de voluntad.

La agrupación unificadora en el pueblo, aunque no del pueblo, es, pues, evidentemente, un factor fundamental para el nacimiento y permanencia, no sólo del Estado, sino de cualquier organización, desde

un club deportivo hasta la iglesia. Basta esto sólo para que no pueda considerarse a la "integración", como Smend llama a esta unión siguiendo a la sociología anglo-americana, como la "sustancia medular" y el "punto angular" de lo estatal en la esfera de la realidad (*Verfassung u. Verfassungsrecht*, pp. 18 s.). Pero, además, es válido, contra la doctrina de la integración, lo que dijimos al rechazar todas las otras relativizaciones del Estado al pueblo, y que habrá de ser completado en los siguientes capítulos. La voluntad del Estado no es, ciertamente, en ningún caso un mero producto racional de la organización de la unidad de dominación del Estado. Pero menos aún es una voluntad unitaria del pueblo que viniera a crear, con independencia de la organización de dominación del Estado, la esencia de lo estatal.

4. La división económica en clases como condición de la unidad estatal

Engels: *Dührings Umwälzung d. Wissenschaft*, 1919 (cit. *Anti-Dühring*); Engels: *Ursprung d. Familie d. Privateigentums u. des Staats*, 1918; Stammler: *Theorie d. Anarchismus;* Eltzbacher: *Der Anarchismus*, 1900; Lenin: *Staat u. Revolution*, ed. alem., 1919; Cunow: *Die Marxsche Geschichts-Gesellschafts u. Staatstheorie*, 1920-1921; Lenz: *Staat und Marxismus*, 1921; Kelsen: *Sozialismus u. Staat*, 1923; M. Adler: *Staatsauffassung u. Marxismus*, 1922; Sultan: *Gesellschaft und Staat bei Marx-Engels*, 1922.

El nacionalismo y el demoliberalismo crean la ficción de que el Estado es la expresión de la voluntad de una comunidad solidaria de intereses y de la unidad del pueblo; el primero en cuanto hace emanar la unidad estatal del espíritu nacional del pueblo, y el segundo porque, en su confianza en la armonía "natural" del libre juego de las fuerzas, cree que puede establecerse automáticamente una *volonté générale* como resultado de los egoísmos individuales que se limitan a sí mismos por consideraciones racionales, voluntad que debe aparecer, hasta donde sea posible, sin intervención de autoridad ninguna y sin ninguna especie de coacción organizadora. El demoliberalismo reconoce, sin duda, al Estado cierta autonomía al considerarlo como una institución jurídica para garantizar los derechos subjetivos; pero, de esta suerte, queda relativizado exclusivamente a esa función de protección jurídica y viene a perder, como autoridad impersonal de la ley, su autonomía frente al derecho.

En forma mucho más radical se niega al Estado su peculiar legalidad por parte del anarquismo y de aquellas corrientes del socialismo que consideran al Estado como simple función de la sociedad económica dividida en clases. Según tales tendencias, la unidad estatal apa-

rece condicionada únicamente por la economía, debiendo desaparecer con la desigualdad económica de las clases. Así Marx, y aun más concretamente Engels, a diferencia de Lassalle, consideraban al Estado como un mal necesario, anexo a la actual sociedad de clases, pero que no existirá en el futuro, cuando las clases desaparezcan, como tampoco existió en el pasado.

La relativización del Estado a la economía y, concretamente, a las condiciones de la desigualdad económica, no es, en modo alguno, una idea peculiar del socialismo, puesto que se encuentra ya en los liberales ingleses del siglo XVIII. El clásico Adam Smith había referido ya el Estado a la desigualdad de las clases poseedoras; para él, es la existencia de más propiedad y más valiosa "lo que hace necesaria la constitución de un gobierno civil; y, en cambio, podrá prescindirse de él con mayor facilidad si no existe la propiedad o, al menos, si ésta no excede del valor de uno o dos días de trabajo" (*Riqueza de las naciones*, lib. v, cap. I, sec. 2). En contra de esta "idea del Estado-gendarme" como "idea liberal del Estado" se vuelve el *Programa de los trabajadores* de Lassalle con las palabras siguientes: "Para ser consecuentes con sus propias afirmaciones la burguesía debiera admitir, en último término, que si no hubiese bandidos y ladrones no tenía para qué existir el Estado."

No puede caber duda alguna de que las concepciones sobre el Estado de los anarquistas y de muchos socialistas, especialmente los que siguen Marx y Engels, han tomado sustanciales elementos del Derecho Natural liberal (cf. también Cunow, pp. 307 ss.). El primer teórico alemán del socialismo, Fichte, creía ya que, en una ordenación socialista de la sociedad, el Estado y el Derecho desaparecerían. La "institución coactiva" del Estado sólo puede legitimarse, según Fichte, en cuanto tienda a hacerse innecesaria; y puede lograrlo haciendo que "todos comprendan la juridicidad de la coacción y, en consecuencia, la posibilidad de prescindir de ésta". En el "reino" fichteano, en donde no existe la familia ni la propiedad privada, desaparece toda coacción externa del derecho (porque es absolutamente inconcebible una contienda); desaparece, en general, toda desigualdad, ya proceda de la ascendencia, de la familia (todas constituyen una sola) o de la propiedad privada (todos son propietarios de la tierra y todos gozan de sus frutos); en una palabra, todas las manifestaciones del Estado antiguo reproducido en los tiempos modernos (cf. Heller, *Pol. Ideenkreise*, pp. 116-130).

La conversión del Estado en mera función de la sociedad económica, tal como aparece en Marx y Engels lo mismo que en los anarquistas socialistas, hay que entenderla en relación con el objetivo final, de carácter, en cierto modo, milenario, del Derecho Natural

fichteano. Desde luego ella significa algo más que la mera afirmación de una unidad de estilo del Estado y la economía. Sin embargo, Marx se ha limitado, en general, a poner de relieve la indisoluble conexión entre la forma de Estado y la forma económica. En una formulación sobremanera clara expresa: "La forma económica específica en que se arranca al productor directo el trabajo sobrante no retribuido determina la relación de señorío y servidumbre tal como brota directamente de la producción y repercute, a su vez, de un modo determinante sobre ella. Y esto sirve luego de base a toda la estructura de la comunidad económica, derivada a su vez de las relaciones de producción y con ello, al mismo tiempo, su forma política específica. La relación directa existente entre los propietarios de las condiciones de producción y los productores directos —relación cuya forma corresponde siempre de un modo natural a una determinada fase de desarrollo del tipo de trabajo y, por tanto, a su capacidad productiva social— es la que nos revela el secreto más recóndito, la base oculta de toda la construcción social y también, por consiguiente, de la forma política de la relación de soberanía y dependencia, en una palabra, de cada forma específica de estado. Lo cual no impide que la misma base económica —la misma, en cuanto a sus condiciones fundamentales— pueda mostrar en su modo de manifestarse infinitas variaciones y gradaciones debidas a distintas e innumerables circunstancias empíricas, condiciones naturales, factores étnicos, influencias históricas que actúan desde el exterior, etc., variaciones y gradaciones que sólo pueden comprenderse mediante el análisis de estas circunstancias empíricamente dadas" (*Capital,* III, p. 917).

En el pasaje citado no se niega la sustantividad autónoma del Estado frente a la economía y apenas se dice otra cosa sino que lo político y lo económico deben ser considerados como aspectos de la forma total de vida de cada momento. Pues si es verdad que se declara categóricamente que las relaciones de dominación nacen "de la misma producción", no se niega por eso la capacidad autónoma de reacción y la individualidad de la forma política.

La reducción radical del Estado a lo económico tal como, sobre todo, aparece en Engels, se asemeja también a la construcción histórica de Fichte en que el Estado sólo se estima necesario en la actual situación de pecado, en tanto se acepta para el futuro una comunidad del pueblo, solidaria y libre de autoridad y sin Estado. En los comienzos de la historia sitúa Engels una "democracia natural"; no es aún un Estado porque en ella "no se da todavía un poder público separado del pueblo y que hubiera podido oponérsele". El Estado, en cambio, es "un producto de la sociedad en un cierto estadio de su evolución y viene a ser síntoma de que la sociedad se halla complicada consigo misma en una insoluble contradicción, dividida en oposiciones irreduc-

tibles que es incapaz de eliminar. Pero para que estas oposiciones entre las clases con intereses económicos en lucha no vengan a destruir a las propias clases y a la sociedad en una guerra estéril, se hace necesario que aparezca un poder por encima de la sociedad para moderar el conflicto y mantenerlo dentro de los límites del 'orden'; y este poder nacido de la sociedad, pero que se emplea sobre ella y de la cual se aleja cada vez más, es el Estado". Este Estado de clase se caracteriza, según Engels, de un lado por su carácter de grupo territorial y de otro por "la institución de un poder público que ya no coincide de modo inmediato con la población que se organiza a sí misma como fuerza armada. La necesidad de ese poder público especial arranca del hecho de que ya no es posible una organización armada de la población que actuase por sí misma, debido a la división en clases" (*Ursprung*, páginas 100, 178 s.).

El poder del Estado moderno, según el *Manifiesto comunista*, "no es más que un comité que administra los negocios comunes de toda la clase burguesa, una organización de la clase poseedora para protegerse contra los que nada poseen"; el Estado es "en todos los casos, esencialmente, una máquina para dominar a la clase oprimida y expoliada" (*Ursprung*, p. 185). Y puesto que se trata, en sustancia, únicamente de un instrumento de expoliación y opresión, ha de desaparecer "inevitablemente cuando se liquide la división de clases" (*ob. cit.*, p. 182); "el Estado, y con él la autoridad política —dice Engels—, desaparecerán a consecuencia de la futura revolución social; es decir, que las funciones públicas perderán su carácter político y se transformarán en simples funciones administrativas para velar por los intereses sociales" (*Neue Zeit*, 32, I, p. 37).

Innegable mérito de la concepción materialista de la historia ha sido el poner de relieve, ahincadamente, la importancia de las condiciones económicas del acontecer estatal. Pero cuando intenta negar la legalidad peculiar de lo político y reducirla a las leyes de la economía, viene a atribuir a ésta el mismo papel metafísico —del que, por consiguiente, no puede ocuparse la ciencia de lo real— que los románticos habían señalado al espíritu del pueblo. Puesto que en la vida social todas las cosas se hallan relacionadas entre sí, hay que admitir previamente que no existe realidad social alguna que no se halle determinada, de algún modo, también económicamente. Pero que el factor determinante de la historia sea, en "última instancia", la "producción y reproducción de la vida inmediata", es cosa que no se puede demostrar científicamente, ni tampoco refutar si en el concepto de producción se incluye también la "misma producción de hombres" (Engels, *Ursprung*, p. VIII).

La crítica justificada del Estado de clase ataca la ficción de considerar a la voluntad del Estado como interés solidario total y como voluntad unitaria del pueblo. Cuando esta ficción se considera como ideología burguesa, tal como lo hace Engels al afirmar que en el Estado aparece "el primer poder ideológico sobre los hombres" (*L. Feuerbach*, etc., p. 51), tal afirmación nada tiene que ver con la doctrina kelseniana del Estado como ideología (cf. Kelsen, *ob. cit.*, p. 11, A. 6). De acuerdo con el punto de vista, netamente realista, de la concepción materialista de la historia, la "superestructura" política tiene una ideología, pero no es una ideología, sino una unidad de poder eminentemente real, aunque no "natural" sino social. La posición fundamental desde la cual Marx y Engels, así como los anarquistas (cf. Adler, pp. 217 *ss.*), niegan al Estado viene a ser, sustancialmente, la misma que la del demoliberalismo; es el reproche de que el Estado y el pueblo no coinciden ya o no han llegado aún a coincidir, que la *volonté de tous* no es idéntica a la *volonté générale*. En la democracia meramente política falta con justicia el supuesto fundamental "de un poder del pueblo... es decir, el pueblo unitario", no existe una "voluntad unitaria del pueblo" (Adler, pp. 122 *s.*). En cambio, el marxismo, lo mismo que el anarquismo, considera realizado el estado ideal "político" allí donde se diga: "el pueblo es el guardián de la ley, el pueblo es el poder ejecutivo... Sólo la nación tiene derecho a decir: ordeno y mando" (Proudhon, *¿Qué es la propiedad?*, ed. alem., 1896, p. 225).

Niégase, pues, aquí, como en Rousseau, la necesidad de una representación política y se acepta la posibilidad, en una sociedad sin clases, de una "asociación en la que el libre desarrollo de cada uno es la condición para el libre desarrollo de todos" (*Manifiesto comunista*). El Estado debe disolverse en la sociedad o en el pueblo, lo que se hace posible gracias al hecho de que "las funciones, cada vez más simples, de vigilancia y arreglo son ejercidas, alternativamente, por todos, convirtiéndose más tarde en costumbre, con lo que gradualmente dejan de constituir una función especial de un determinado sector humano" (Lenin, pp. 43 *s.*). Para reprimir los excesos que puedan cometer todavía algunas personas, no se precisa ya una "máquina especial", sino que ello correrá a cargo "del pueblo armado, de modo tan fácil y sencillo como procede un grupo de personas civilizadas, aun en la actual sociedad, contra quienes, por ejemplo, se pelean entre sí o intentan llevar a cabo una violación" (p. 82).

Los que juzgan posible esta reducción del Estado a la sociedad económica y la "sustitución del gobierno político sobre los hombres por la administración de las cosas y la dirección de los procesos de la producción", como Engels dice con Saint-Simon (*Anti-Dühring*, p. 277), es natural que consideren que la representación autoritaria y la distinción

entre el Estado de una parte y el pueblo y la sociedad de otra, la distinción entre gobierno y administración, son exclusivamente consecuencia de la sociedad económica dividida en clases, la cual no es ya democracia en el Estado, sino democracia "como tal y para sí misma" (Adler, p. 187).

Sin embargo, ni el economismo más radical puede relativizar por completo el Estado a la economía sin incurrir en las más graves contradicciones inmanentes. El propio Engels hubo de admitir una función represiva y representativa del Estado, específicamente política, cuya peculiar legalidad es independiente de la existencia de una sociedad económica dividida en clases. Sólo le es posible negar, al menos provisionalmente, la autonomía de lo político, aunque ciertamente al precio de una interna contradicción, reduciendo a lo económico, de manera unilateral, la universalidad potencial de las funciones estatales.

Si fuera exacta aquella afirmación de Engels de que "en la medida en que desaparezca la anarquía de la producción social irá adormeciéndose la autoridad política del Estado" (*Die Entw. d. Soz. von d. Utopie zur Wissenschaft*, p. 92), tendría entonces sentido que no se llamara ya Estado a tal "Estado" carente de autoridad política. La autoridad y la subordinación serían; de hecho, "conceptos meramente técnico-económicos" (Adler, p. 284). Pero lo injustificado de la reducción que hace el marxismo del Estado a lo económico consiste, precisamente, en que sólo le atribuye funciones de dominación de carácter económico. Sólo así, mediante esta unilateralización económica, puede el marxista llegar a sostener la afirmación, a primera vista coherente, de que la sociedad sin clases sea una sociedad "sin poder, sin coacción, sin subordinación y sin un especial aparato coactivo llamado Estado" (Lenin, p. 80). Sólo por tal manera de unilateralizar el problema llega el marxista a la conclusión de que, al desaparecer las posiciones económicas de las clases, existirá una "homogeneidad de los intereses vitales", por lo cual a la organización coactiva que todavía subsista "prefiere" no llamarla Estado (Adler, p. 209). Es muy probable que en un orden social no capitalista se reduzcan considerablemente las tendencias a cometer actos antisociales, con lo que habrá de verse restringida la función represiva del Estado. Pero sólo cabría hablar de una "sustitución del Estado por la administración solidaria" si no se admitiera que también otros antagonismos, aparte de los económicos, por ejemplo los de carácter ideológico, "pueden resolverse también por la violencia" (Adler, pp. 253, 307). De tal modo aparece la legalidad peculiar del Estado, que no puede ya reducirse a lo económico, en la universalidad de su función de ordenación y, por consiguiente, también de represión.

Estas tareas que el Estado cumple encuentran, empero, su última fundamentación sociológica en la función representativa de carácter

autónomo del Estado moderno, que en modo alguno puede estimarse sólo condicionada por la sociedad de clases. "El Estado —observa Engels—, fue [hasta hoy] el representante oficial de la sociedad entera, su resumen o síntesis en una corporación visible, pero era tal cosa sólo en cuanto era el Estado de aquella clase que, en su época, representaba, a su vez, a la sociedad entera... Una vez que se convierte, realmente, en representante de toda la sociedad se hace a sí mismo superfluo" (*Anti-Dühring*, p. 302). Si, pues, Engels niega la función representativa del Estado como autónoma respecto a la sociedad económica dividida en clases, basándose en que no habría entonces "nada que reprimir", bastaría sólo, para sostener la legalidad peculiar representativa del Estado, traer a colación aquella frase de Marx en su juventud en la que llamaba al Estado "la sociedad en acción". Pero el mismo Engels ha dicho contra los bakuninistas: "Sea como fuere, la acción independiente de los individuos particulares tiene que ser reprimida mediante una acción combinada, mediante un entrelazamiento de actividades, dependientes unas de las otras. Pero decir acción combinada es decir organización. ¿Y puede haber una organización sin autoridad?" (*Neue Zeit*, 32, I, p. 37). Engels contesta negativamente a esta pregunta con ejemplos tomados de otros campos además del económico. "Hemos visto pues, que, por una parte, una cierta autoridad, no importa de quién sea delegada, y, de otra parte, una cierta subordinación son cosas que se nos imponen independientemente de la organización social" (*ob. cit.*, p. 39).

En uno de sus últimos trabajos, Engels, finalmente, recoge velas en su tesis de la reducción del Estado a la economía y llega a dar interpretación a la doctrina del Estado como instrumento de expoliación económica que echa, sencillamente, por la borda todas sus anteriores afirmaciones (cf. Paschukanis, *Allg. Rechtslehre u. Marxismus*, 1929, p. 119). Al decir ahora muy cautelosamente que el Estado es, "por lo general", el Estado de la clase dominadora y, con su ayuda, expoliadora, llega, por lo demás, a la siguiente sorprendente declaración: "Por excepción sobrevienen períodos en que las clases en lucha se hallan tan cercanas al equilibrio que el poder del Estado, como aparente mediador, adquiere momentáneamente cierta autonomía respecto a una y otra." Las frases que siguen desvanecen, además, toda duda respecto a que el Estado puede cumplir ese papel de mediador no sólo en apariencia, y de que ello acontece no con carácter excepcional, sino de modo regular desde que existe Estado moderno. Pues Engels señala sumariamente, como ejemplos, la monarquía absoluta de los siglos XVII y XVIII, el bonapartismo del primero y segundo imperio y, finalmente, también el Estado bismarckiano. De donde resulta que la afirmación de Lassalle, en sus *Réplicas*, de que el Estado es "la gran asociación de

las clases pobres" no parece mucho más exagerada que la de que sólo sea un instrumento para la opresión de la clase expoliada.

En todo caso hay que estimar inadmisible la relativización del Estado a la economía, ya se trate de la del pueblo dividido en clases, ya de la del pueblo económicamente solidario.

5. La opinión pública como condición de la unidad estatal

v. Holtzendorff: *Wesen und Wert d. öff. Meinung*, 1879; W. Bauer: *Die öff. Meinung u. ihre geschichtlichen Grundlagen*, 1914; Tönnies: *Kritik der öff. Meinung*, 1922; Dicey: *Lectures on the relation between law and public opinion in England*, 1905; Lowell: *Public opinion and popular government*, 1921; J. Bryce: *The American Commonwealth*, ed. alem., 1924; Münsterberg: *Die Amerikaner*, vol. II, 1904.

La doctrina de la opinión pública como fuerza gobernante constituye una forma singular de la relativización del Estado al pueblo y de la identificación del poder del Estado con la voluntad del pueblo. La importancia política de la opinión pública aparece con la sociedad civil, con la difusión del saber leer y escribir y el desarrollo de la imprenta y especialmente de la prensa. En la Edad Media sólo existió una amplia publicidad para los problemas religiosos, que eran discutidos internacionalmente en lengua latina. La opinión pública aparece justamente, en lo sustancial, como crítica científica de esas doctrinas de la fe en los idiomas nacionales. La sociedad civil, despierta a la autoconciencia política, sólo puede engendrar una vida pública donde sea posible una comprensión en el mismo lenguaje sobre intereses comunes. Desde el momento en que las fundamentaciones religiosas de la autoridad no son ya suficientes, la sociedad civil reclama una legitimación racional de su obediencia política, con lo cual sobra su opinión, públicamente exteriorizada, importancia suma para la permanencia de la unidad estatal.

La doctrina de la *opinion publique* debe a la escuela fisiocrática su primera formulación. Fue Mercier de la Rivière quien se valió de ella, en 1767, para defender al absolutismo, al decir que también en esta forma de gobierno quien manda no es en realidad el rey, sino el pueblo por medio de la opinión pública. Treinta años más tarde señalaba Necker, en sus consideraciones sobre la Revolución francesa, las grandes transformaciones sociales que habían tenido lugar desde la última reunión de los Estados Generales (1614): el cambio de las costumbres, el estado de espíritu, los sentimientos de temor y respeto al poder real, el caudal de conocimientos, la expansión de la riqueza; "y, sobre todo, surgió una autoridad que no existía hace dos siglos y con la que hay

que tratar necesariamente, la autoridad de la opinión pública" (Tönnies, pp. 376, 383).

Para comprender el fenómeno de la opinión pública, de tanta importancia aunque tan difícil de captar, debemos, en primer término, hacer notar que sólo consideramos como verdadera manifestación de la opinión pública a la manifestación de voluntad política, aunque sólo sea mediata. No consiste nunca la opinión pública en opiniones teóricas únicamente, sino en opiniones de voluntad y en juicios que sirven como armas para la lucha política o para conseguir prosélitos políticos. Asimismo debe distinguirse la opinión pública, en el sentido en que aparece en el Código Penal, como la opinión "de una parte considerable de la población, no determinada individualmente" (Franck, *Kommentar zu* §§ 186, 187 *StGB*), de la opinión pública política que, por lo general, no se preocupa de los agravios entre cualesquiera personas privadas si no entrañan importancia para el conjunto del Estado.

Público es aquello que influye en la vida política, y así lo es, en primer término, la opinión de cualquier modo publicada. La opinión públicamente manifestada no es necesariamente idéntica a la que interiormente se profesa, o a la que se expresa en un reducido círculo de amigos. La teoría de la voluntad política del pueblo experimenta ya una corrección, esencial para poder comprender la unidad estatal; debido a que el hecho de que dos o más personas sean realmente de la misma opinión política debe ser separado netamente del otro hecho, mucho más frecuente, de que expresen la misma opinión.

La opinión pública, tal como nosotros la entendemos, es opinión de voluntad política en forma racional, por lo cual no se agota nunca en la mera imitación y el contagio psicológico colectivo (así, Ratzenhofer, *Wesen und Zweck d. Politik*, 1893, I, pp. 188 *s.*; Jellinek, *Staatsl.*, pp. 102 *s.*).

La importancia de la opinión pública para la unidad estatal es tanto mayor cuanto más precisa y comprensivamente se haya condensado en juicios políticos firmes y a menudo indiscutidos. Esta opinión pública relativamente firme y permanente ha de diferenciarse de la fluctuante opinión política de cada día. Sólo la opinión pública firme posee, en su juicio, cierto carácter unitario y constante, frente a lo cual la fluctuante opinión de cada día es considerada, en la mayoría de los casos acertadamente, como veleidosa, crédula y contradictoria. Sin embargo, no puede negarse que las fronteras entre ambos estados de agregación son, en la realidad, imprecisas; los juicios y prejuicios que han cobrado firmeza constituyen, de ordinario, la base de las opiniones de cada día y éstas, a su vez, renuevan y transforman las firmes opiniones de voluntad, unas veces a la manera apenas perceptible de los cambios cotidianos y otras por el modo brusco de la revolución.

La opinión pública arraigada en principios y doctrinas constituye uno de los más sustanciales vínculos de la unidad estatal. Especialmente en los Estados regidos democráticamente, la situación actual de poder se convierte en una situación de poder relativamente segura, en un *status* político, gracias al hecho de haberse creado entre la autoridad y los súbditos una opinión pública común en forma de una comunidad de voluntad y valores. Por lo dicho se comprende fácilmente que el "valer" de tales principios de la opinión pública no consiste en que sean reconocidos íntimamente como verdaderos por "todos" y ni siquiera por quienes ejercen influjo político decisivo. Su validez consiste únicamente en que cada cual, con su obrar socialmente eficaz, los reconoce externamente; no es preciso declarar que se los hace "valer", ya que cada uno, mediante su conducta pública, al menos por la ausencia de crítica, aparece como si estuviera de acuerdo con ellos. Acontece incluso, y no raramente por cierto, que en el seno del sector influyente —siempre que no sea públicamente— se permite una sonrisa de superioridad respecto a ciertas normas de la opinión pública, cuya validez, sin embargo, se estima imprescindible.

La enorme importancia política de la opinión pública consiste en que, en virtud de su aprobación o desaprobación, asegura aquellas reglas convencionales que son la base de la conexión social y de la unidad estatal. La opinión pública ha venido a tomar sobre sí, en muchos aspectos, la función, que en la Edad Media cumplía la disciplina eclesiástica, de velar por la moral social y especialmente la política, tarea que nunca hubieran podido llegar a realizar los preceptos jurídicos por sí solos. En este sentido dice Hegel que la opinión pública entraña en sí "los principios sustanciales y eternos de la justicia, el contenido verdadero y el resultado de toda la constitución, de toda la legislación y de la situación en general, en forma de sana razón humana, como base moral que a todos penetra bajo el aspecto de convicciones, conteniendo además las necesidades verdaderas y las rectas tendencias de la realidad" (*Rechtsphilos.*, § 317). Los más sólidos principios de la opinión pública los constituyen esos principios jurídicos que el legislador traduce, en parte, en preceptos jurídicos positivos y que el juez utiliza como reglas interpretativas del derecho positivo. Al gran jurista inglés A. V. Dicey debemos una profunda investigación sobre el influjo que han ejercido en la legislación de la Gran Bretaña los principios conservadores, liberales y socialistas de la opinión pública.

La opinión pública, en lo concerniente a la unidad estatal, cumple ante todo una función de legitimación de la autoridad política y del orden por ella garantizado. Todo poder debe preocuparse por aparecer como jurídico, por lo menos para la opinión que públicamente se expresa. Como acaece con todas las demás normas que intervienen para

formar la sociedad, lo que, respecto a los principios de la opinión pública, aparece en primer plano no es su valor de verdad, sino su valor de efectividad. La leyenda referente a un hombre puede sustituir, al menos durante algún tiempo, al mismo hombre; el mito de una realidad con frecuencia produce el mismo efecto de legitimación que la misma realidad. A los ojos de la opinión pública el éxito legitima, sobre todo si alcanza permanencia, cualquier acto, por mala que sea la intención de que ha brotado y por condenables que sean los medios de que se valió para triunfar.

El contenido de la opinión pública sólo puede consistir en principios y doctrinas muy generales y fácilmente comprensibles, si posible fuera, algo así como *slogans*. Aquellas ideas que para ser captadas requieren un cierto grado de conocimientos o especial capacidad intelectual o que exijan difíciles demostraciones no pueden ser recogidas por la opinión pública. Es específico de la opinión pública de la actualidad su carácter racional bajo la forma de la "sana razón humana". El irracionalismo que se proclama en nuestros días histéricamente, sólo se puede estimar, en realidad, como una supercompensación. Desde hace unos doscientos años la opinión pública, al menos en el terreno de la política, rechaza todo género de intervención trascendente en el acontecer causal, toda clase de creencia en lo maravilloso, diabólico o mágico, prefiriendo, cualquiera que sea su actitud en otros aspectos, las interpretaciones racionales de carácter naturalista, económico o técnico. El hecho de que se prefieran fundamentaciones de apariencia racional para un querer que, a veces, puede ser completamente desatinado, no se halla en contradicción con el otro hecho de que la opinión pública juzga, en general, las cuestiones políticas según motivos sentimentales y anticríticos y es fácil entusiasmar mediante *slogans* de color idealista. Precisamente por esto una política racional fríamente calculista puede, con tanta facilidad, manejarla a su sabor.

Entre los pocos componentes de carácter político, absolutamente firmes, que integran la opinión pública actual figuran sus principios democráticos. Puede afirmarse sin exageración que en los pueblos civilizados del día no existe para la opinión pública otro modo de legitimación de la autoridad política que la legitimación democrática, aunque ciertamente reciba nombres muy diferentes. Entendemos por legitimidad democrática la justificación inmanente del poder del Estado por el "pueblo", y las varias direcciones políticas se diferencian en la actualidad entre sí únicamente por el contenido diverso que dan al concepto de pueblo. La propia monarquía aparecía legitimada en el siglo XVIII por el "pueblo", cuando el despotismo ilustrado, especialmente el de Federico II, invocaba la doctrina del contrato político del Derecho Natural o cuando los fisiócratas apelaban a la opinión pública; y, con

mayor razón aún, tiene carácter democrático la legitimación nacional de la monarquía tal como la formula Treitschke (cf. Heller, *Polit. Ideenkreise*, pp. 24, 43, 70). Incluso cuando hoy se intenta una justificación religioso-trascendente de la unidad de autoridad del Estado, se descubre inmediatamente que lo que en el fondo se sitúa como valor sustentador no es la voluntad de Dios, sino el "pueblo". No obstante las diversas corrientes subterráneas y reacciones de naturaleza distinta, la opinión pública reconoce al pueblo, por lo menos desde finales del siglo XVIII, como valor supremo, legitimador de todas las normas y formas políticas. "La nación —dice Sieyès—, por el hecho de ser es todo lo que puede ser... La nación está por encima de todo lo demás, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella misma es la ley" (*Qu'est-ce que le Tiers État?*, ed. alem., 1924, p. 92; para Alemania cf. *Polit. Ideenkreise*, pp. 49 ss.). Tanto la *volonté générale* de carácter democrático formal como el espíritu nacional del pueblo son únicamente variedades de la idea de la legitimidad democrática y también lo es la justificación, que se pretende basada en leyes naturales, de la negación marxista del Estado, que moviliza a los hombres en nombre de una democracia económico-social. Ni la dictadura bolchevique ni la fascista pueden ser legitimadas de modo trascendente y autocrático, sino que ambas han de legitimarse ante la opinión pública en forma inmanente al estimarse como medios para el establecimiento de una "verdadera" democracia (cf. *supra*, pp. 102-103 s. y además Heller, *Europa u. d. Fascismus*, 1931, p. 53).

Se señala, en general, como característica de la opinión pública su falta de organización. Por esta razón se dice que su soporte es el público, esto es, todos los hombres que participan en el correspondiente contenido mental y son capaces y están dispuestos a dar su parecer sobre ello (Tönnies, pp. 84 ss.). Desde el punto de vista gubernamental, las personas que no tienen opinión política alguna suelen ser consideradas como las "de buen sentido", *les honnêtes gens*. Si es verdad que la opinión pública carece de una organización que la comprenda de modo unitario, la afirmación de que carece de toda organización no pasa de ser una característica ficción demoliberal.

La representación del nacimiento espontáneo de una opinión unitaria se utiliza para sostener la ficción de la formación no autoritaria de la sociedad en una unidad política. Repárese que los mismos anarquistas aceptan la autoridad de una opinión pública que no estuviera falseada por los actuales antagonismos entre las clases. "La única autoridad grande y poderosa, a la vez natural y racional —dice Bakunin—, la única que nosotros podremos respetar será la del espíritu colectivo y público de una sociedad fundada en la igualdad, la solidaridad, la libertad y el recíproco respeto de todos sus miembros... Puede estarse

seguro de que ella será mil veces más potente que todas las autoridades divinas, teológicas, metafísicas, políticas y jurídicas que establecen el Estado y la Iglesia, más fuerte que todas las leyes penales, los carceleros y los verdugos" (*Obras*, ed. alem., 1921, I, p. 117, A).

Así como el anarquismo quiere reducir, en la futura sociedad sin clases, el Estado a la autoridad impersonal de la opinión pública, el demoliberalismo de matiz angloamericano pretende relativizar la autoridad del Estado actual a la autoridad impersonal de la opinión pública. James Bryce dice que el gobierno por la opinión pública es "la forma más avanzada del gobierno del pueblo" (II, p. 187).

De hecho, sin embargo, las exteriorizaciones de opinión, en primer término, y, a la larga, las mismas opiniones se han visto siempre coaccionadas, tanto social como políticamente, por procedimientos más o menos autoritarios. Durante siglos se persiguió con armas y hogueras la propagación de "herejías" y se defendió y extendió, por tales modos, la pureza y unidad de la fe religiosa. La humanización de los medios autoritarios que conforman la opinión pública –alto progreso humano que hay que oponer a todos los ideólogos del poder– vuelve a verse otra vez seriamente amenazada en nuestros tiempos. Pero la presión sobre las exteriorizaciones de opinión se ha realizado siempre mediante la amenaza, la compra o el convencimiento, es decir, por una superioridad social, económica o intelectual de uno sobre los demás. Las fronteras entre la coacción y la aceptación, entre la presión externa y la concordancia interna, son sumamente imprecisas. En la actualidad, los medios más importantes para formar y realizar de manera unitaria el "espíritu" de un grupo son la educación, la persuasión y la fuerza de la opinión pública, pero ellos nunca pueden lograr su objetivo sin una coacción económica y política.

El mantenimiento del orden social por medio de la aceptación o repudio de la opinión pública supone una relativa uniformidad de tales manifestaciones y ésta, a su vez, aparece condicionada, si no por una organización, al menos por su regulación de parte de un sector dirigente. Los conductores que regulan activamente la opinión pública constituyen siempre una minoría; sus opiniones son propagadas por un gran número de intermediarios, para ser luego aceptadas por la masa de quienes sólo intervienen pasivamente en la vida política.

Bluntschli dice que la opinión pública es, sobre todo, la opinión "de la alta clase media" (Bluntschli-Brater, *Staatswörterbuch*, VII, páginas 345 ss.). Su contenido lo crea aquella minoría política o económicamente más fuerte que, gracias a sus medios de poder, está en condiciones de encauzar o apagar las diversas opiniones existentes. Para la exteriorización de la opinión pública se utilizan todos los medios de expresión usuales entre los hombres. Pero como esa expresión busca

siempre causar impresión, combatir y ganar, todos esos medios de expresión se hallan sometidos a las leyes de la agitación, de la lucha y del engaño.

La prensa debe considerarse como el más influyente portavoz de la opinión pública. Cuando no se trata de órganos declarados de los partidos, el negocio periodístico es una empresa del gran capital perteneciente, en su mayor parte, a personas que de ordinario tienen sus negocios fuera del periódico y que se valen de su participación en éste, ya para favorecer sus intereses bancarios o industriales, como acontece en Norteamérica y otros países, ya para venderla al banco que aparezca como mejor postor, como se da, y no con carácter exclusivo, en Francia, pero, en todo caso, haciendo depender su opinión de los ingresos y especialmente de la publicidad.

No hay, sin embargo, que exagerar el influjo, sin duda poderoso, de los periódicos en la formación de la opinión pública, pues hemos podido ver en tiempos próximos a nosotros cómo penetraron en el pueblo grandes movimientos políticos que no contaban con el apoyo de una importante prensa y que incluso sostenían con éxito una lucha contra ella valiéndose únicamente de discursos, hojas, etc. En el futuro será, a no dudarlo, la radio la que desempeñará el más importante papel en la formación de la opinión pública. En ella pueden también influir eficazmente, a la larga, las frases más llenas de contenido que pueden aparecer en las revistas o libros o las pronunciadas en la escena.

La importancia que la opinión pública encierra para la unidad estatal fue menospreciada por el pensamiento autocrático y exagerada por el liberalismo. Bismarck, que a través de muchos actos y declaraciones reveló la poca estima en que tenía a la opinión pública, conocía, sin embargo, muy bien su gran fuerza política (cf. Tönnies, pp. 164, 431 ss.). Todavía el último párrafo del borrador de su demanda de retiro, que tanto tiempo le llevó redactar, y en el que declara, con terrible ironía, que le parece ya seguro que Guillermo II no precisa de la experiencia y capacidad de un leal servidor de sus antepasados, concluye con la observación de que podrá, de ese modo, retirarse de la vida pública "sin temor de que la opinión pública califique su decisión de inoportuna" (*Gedanken u. Erinnerungen*, III, p. 100).

Hegel atribuyó a la opinión pública "una gran fuerza" y le señaló como lugar en su sistema no, como pudiera creerse, la sociedad civil, sino una esfera más alta, la del Estado. Pero ella merece ser "a la vez estimada y despreciada". El emanciparse de ella lo considera "la primera condición formal para algo grande y racional". En la opinión pública "todo es falso y verdadero, pero encontrar en ella lo verdadero

es tarea que sólo puede cumplir un gran hombre" (*Rechtsphilosophie*, §§ 317, 318 y apéndice).

El liberalismo atribuye de ordinario a la opinión pública una capacidad política de obrar de que en realidad carece, y sobrestima excesivamente su fuerza efectiva frente a los medios organizados del poder del Estado. "Si un gobierno —expresó, en la Asamblea de Frankfurt en 1849 el diputado por Stuttgart, Zimmermann—, es apoyado por la opinión pública, la fuerza física, militar de que disponga, por pequeña que sea, se verá, por ello, centuplicada."

La ficción norteamericana de un "gobierno por la opinión pública" supone una uniformidad y capacidad de obrar de la *public opinion* que sólo puede concebirse si se admite la ficción demoliberal de una voluntad del pueblo que se forma a sí misma sin intervención del elemento autoritario. El gran teórico y práctico de la política, James Bryce, se atreve a sostener que la opinión pública en Alemania, Italia, Francia e Inglaterra no es, en sustancia, más que la de las clases dominantes, mientras que en los Estados Unidos es la opinión de toda la nación con sólo una exigua diferencia de clases (II, p. 190). El liberal escocés viene, pues, casi a negar la existencia de una clase dominante en los Estados Unidos y su influjo en la opinión pública (pp. 221, 232).

Semejante afirmación de Bryce pudiera estar justificada por cuanto el político norteamericano, poco considerado, ejerce en la conducción y regulación de la opinión pública un influjo mucho más reducido que su colega europeo. Para Bryce la opinión pública está por encima de todos, incluso de los supremos conductores del Estado, "como la gran fuente de poder, como la señora de sus servidores, que tiemblan ante ella". Lo que se demanda del hombre de Estado no es que obre de acuerdo con sus puntos de vista, precediendo al pueblo, sino que lo siga (pp. 187, 200; cf. Münsterberg, I, pp. 224 *ss.*). Pero acontece que, como señala el mismo Bryce, la voluntad informe del pueblo en realidad sólo puede expresar deseos y es incapaz de trasladarlos a la práctica (p. 253). ¿Quién hace, pues, la opinión pública, quién le da unidad y quién representa aquel poder ante el cual tiemblan los hombres de Estado norteamericanos? Es sumamente significativo el modo como Bryce concibe el caso ideal que, evidentemente, no reputa imposible. Según él —coincidiendo en esto con Bakunin—, el grado supremo de la evolución política consistiría en que la opinión pública "no sólo mandara, sino que además gobernara". Y a una situación semejante podría llegarse "si fuere posible determinar la voluntad del ciudadano en cada momento, sin necesidad de encauzarla mediante un cuerpo representativo e incluso sin tener que apelar a una maquinaria electoral" (p. 183).

La manera como se forma, realmente, la opinión pública en Norteamérica se halla, sin embargo, en oposición con este ideal de una unidad

sin organización ni representación, carente de dirección y constantemente acomodada a los caprichos y humores del pueblo. En forma breve e incisiva lo ha expresado un notable y experimentado periodista, John Swinton, en un banquete de los periodistas neoyorquinos en 1895, al responder al brindis en honor de la prensa "independiente". "No existe en Norteamérica nada que se parezca a una prensa independiente, ni siquiera en las ciudades de provincia... Somos no más que instrumentos y vasallos de personas ricas que están entre bastidores. No somos más que marionetas. Ellos tiran del cordón y nosotros bailamos" (cit. por Tönnies, pp. 183 s.).

Así, pues, el "gobierno por la opinión pública" de los Estados Unidos no significa otra cosa sino que, a causa de una subestimación teórica y práctica del Estado, la formación de una opinión pública unitaria se halla sustraída, casi por completo, a los órganos responsables del Estado y corresponde a las irresponsables y anónimas fuerzas económicas más poderosas de la sociedad civil; a tal fin, se valen especialmente de la prensa y de la máquina de los partidos hondamente corrompida, del *boss,* que necesita de "verdaderos bandidos" (cf. Ostrogorski, *Democracy and the Organization of Polit. Parties,* II, páginas 384 ss.).

La doctrina del gobierno por la opinión pública viene, pues, a ser una variante de la concepción demoliberal que relativiza el Estado al pueblo, otra de las formas que presenta aquella ficción de un gobierno por una voluntad del pueblo que no se halla organizada ni representada y que carece de una formación autoritaria. Al modo como, en aquella concepción, se supone que el pueblo es una unidad y, desconociendo la legalidad peculiar de lo político, se le identifica con la unidad estatal, atribúyese aquí, ficticiamente, a la opinión pública una unidad y una capacidad de obrar que en realidad no tiene.

Claro es que no puede ignorarse que, en una sociedad democratizada, independientemente de la forma de poder, la existencia de una opinión pública, unitaria en lo posible, constituye una de las más importantes condiciones para la formación de la unidad estatal. La opinión pública es tanto menos unitaria cuanto más débil sea la comunidad de voluntad y valores del pueblo y, sobre todo, cuanto mayores sean los antagonismos sociales entre las clases. La falta de homogeneidad social trae como consecuencia el que se formen, en las diversas clases y partidos, opiniones públicas diferentes y opuestas, que se afirman políticamente, acercándose unas frente a otras. En una sociedad democrática, singularmente, la opinión pública unitaria no puede ser nunca mero producto racional de la organización del poder estatal. Por el contrario, debe ser aquélla, en el Estado democrático, la que legitime y sustente a la organización de autoridad. Por esa razón sucede, en

general, que cuando la opinión pública se muestra incapaz de mantener la unidad estatal, en lugar del consentimiento democrático aparece la coacción autocrática.

De esta suerte, la opinión pública entraña importancia considerable como freno o estímulo, advertencia o aliento, para la acción de los representantes del Estado. Como Bluntschli acertadamente señala (*ob. cit.*), "es una fuerza pública, pero no un poder público". No existe unidad alguna, capaz de acción, de la opinión pública, que sea independiente de la organización y representación del Estado, que tienen su legalidad peculiar. A los conductores sociales o políticos incumbe la tarea de dar a la opinión pública, por medio de la dirección y la educación, una forma firme y, en lo posible, unitaria en las cuestiones vitales para el Estado. La opinión pública es tanto más certera en sus juicios y más consciente de su responsabilidad cuanto más alto sea el grado de desarrollo que esas funciones alcancen en la "élite" dirigente. Sin un influjo consciente y calculado sobre la opinión no existe gobierno que pueda cumplir cabalmente su misión. Cosa conocida es la sorprendente disciplina con que los periódicos franceses obedecen las indicaciones del departamento de prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores. El hecho, admitido por Bryce, de que en los Estados Unidos haya perdido el Estado todo rango espiritual y moral (*Amerik. Ausg.*, II, 1924, pp. 587 *ss.*) se debe, en buena parte, al "gobierno por la opinión pública" que allá se da, y en virtud del cual el poder estatal ha renunciado, en favor de potencias privadas, a la formación de la opinión pública.

6. El derecho como condición de la unidad estatal

IHERING: *Der Zweck im Recht*, 1905; SOMLO: *Jurist. Grundlehre*, 1927; LASK: *Obras*, I, 1923; RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, 1932; HUBER: *Recht u. Rechtsverwirklichung*, 1925; TATARIN-TARNHEYDEN: *Staat u. Recht*; STAMMLER: *Festgabe*, 1926; E. KAUFMANN: *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921; SCHÖNFELD: *Über den Begriff einer dialekt. Jurisprudenz*, 1929; BURCKHARDT: *Organisation d. Rechtsgemeinschaft*, 1927; BURCKHARDT: "L'État et le droit" y SCHINDLER, "Recht und Staat", *Zeitschr. f. Schweiz. Recht*, vol. 50, pp. 137a *ss.*; SCHINDLER: *Verfassungsrecht u. soziale Struktur*, 1932; E. v. HIPPEL: *Einf. i. d. Rechtstheorie*, 1932.

No se ha podido llegar en nuestra época a un concepto del Derecho que, por lo menos en cierta medida, sea universalmente aceptado, ni tampoco se ha llegado a un concepto del Estado que reúna esa misma condición. Por tal motivo, no es posible resolver la cuestión de las relaciones entre el Estado y el Derecho, que a cada generación se le plantea, presentando una opinión dominante. Debemos, así, contentarnos, en este lugar, con suponer al Estado como una unidad que

opera en la realidad histórico-social. Pero la realidad social ha de constituir también el punto de partida para determinar el concepto de Derecho, debiendo advertir que, al hablar aquí de "Derecho", nos referimos sólo al positivo y en modo alguno a la idea del derecho.

La realidad social es actividad humana que siempre hay que considerar como ordenada en cierto grado (cf. Ihering, II, pp. 139 *s.*). Existe convivencia social allí donde se dé una masa de hombres que mantienen entre sí relaciones ordenadas. Sin una ordenación de los individuos no puede haber modo alguno de trabazón social y mucho menos un grupo social. Constituiría, sin embargo, un grave error el creer que toda ordenación social debe ser referida a una disposición de carácter voluntario. Pues, por encima de todo, nos encontramos con las ordenaciones de la naturaleza, como el nacimiento, la muerte o las leyes de los impulsos que influyen en nuestro obrar, a las que todos estamos sometidos y en virtud de las cuales aparecemos insertos en las conexiones de la naturaleza, al margen de toda voluntad propia o ajena. Estas ordenaciones naturales, en cuanto base de las sociales, entrañan importancia no desdeñable.

El derecho positivo, que es el único al que puede referirse la Teoría del Estado, no es una ordenación natural, sino que pertenece al grupo de las ordenaciones sociales que nunca seguimos de manera absoluta y sin excepciones sino, tan sólo, por regla general. Dentro de estas ordenaciones sociales cumple, empero, distinguir aquellas que presentan un mero carácter de regularidad efectiva, de normalidad, de aquellas otras que aparecen como exigidas, como normativas (*supra*, páginas 100 *ss.*).

Para determinar con exactitud el concepto del derecho se requiere, previamente, precisar y diferenciar su *genus proximum*, la categoría de las ordenaciones normativas sociales respecto a las otras ordenaciones normativas. De las normas de la religión y de la moral, que se dirigen a la intención del individuo, se distinguen las normas que forman a la sociedad porque el contenido de éstas consiste únicamente en el valor de efectividad social de una acción humana (cf. Radbruch, pp. 36 *ss.*). El ánimo individual sólo puede tener importancia para el derecho y las reglas convencionales en cuanto sea fuente de actos que formen a la sociedad. En cambio la conducta externa es valorada por la religión y la moral sólo en cuanto sea expresión de una intención interior. Las normas sociales juzgan una acción sólo por su efecto sobre la sociedad, es decir, de un modo relativo. Las normas de la intención, en cambio, la valoran en forma absoluta e independientemente del valor que pueda tener por sus efectos sociales. Estas últimas normas admiten únicamente deberes para con la propia conciencia o para con Dios, mientras que las normas sociales crean deberes con respecto a otros

hombres y grupos humanos, lo cual hace que éstos puedan plantear exigencias. Los deberes absolutos que se contienen en el Sermón de la Montaña serían válidos aun en el caso de que ni un solo hombre pudiera cumplirlos por completo; las normas sociales relativas cuya función consiste en la implantación de un orden efectivo en este mundo, no tendrían sentido si no fuera posible asegurar una observancia regular de la norma. Por tal razón, la religión y la moral pueden conformarse con un ánimo acomodado a la norma, con la moralidad; y a las reglas convencionales y al derecho es suficiente la conducta exterior ajustada a la norma, la legalidad.

Sin embargo, la distinción entre las vinculaciones normativas de la voluntad de carácter intersubjetivo y las meramente subjetivas, entre normas sociales y normas de la intención, no puede ser considerada como algo absoluto, sino que debe ser comprendida en su relatividad histórica y sistemática. En épocas de menor diferenciación esa distinción fue desconocida; el orden total de la vida era abarcado en un solo concepto. Los griegos llamaban a la religión, la moral, las costumbres, los convencionalismos sociales y el derecho, indistintamente, δίκη. "Δικαιος es el hombre tal como debe ser, el hombre que se contiene o reporta y ἄδικος su contrafigura, lo mismo el que menosprecia la ley que el ateo, el malo, el cínico o el desvergonzado" (Ihering, *ob. cit.*, pp. 40 s.). Lo propio cabe decir del *mischpat* de los hebreos, del *dharma* de los hindúes y del tabú de muchos pueblos primitivos. Por otra parte, la relación dialéctica que existe entre el individuo y la sociedad hace que las ordenaciones encaminadas de manera inmediata a la formación de la sociedad deban siempre seguir un rodeo a través de la persona individual, en tanto que las normas que tienden inmediatamente a la formación de la personalidad ejercen necesariamente mediatos influjos en la formación de la sociedad. Es por esto por lo que el mismo contenido normativo puede aparecer como mandato de la religión, de la moral, de las reglas convencionales y del derecho, como nos lo prueba el Decálogo.

Nunca ha sido, pues, el contenido normativo el elemento decisivo para distinguir las diversas especies de normas, sino la autoridad a la que se atribuye el establecimiento de la norma. Las normas de la intención son referidas por el hombre del actual mundo occidental, en cuanto a su establecimiento y garantía, a la conciencia, a la razón o a Dios, mientras que las normas sociales las imputa a la voluntad humana.

Plantéase con ello, no sólo para el derecho sino para todas las ordenaciones sociales normativas, el problema de una necesaria relación entre voluntad y norma, entre ser y deber ser. Encierra un profundo sentido el hecho de que las palabras: ordenación, reglas, ley, constitución, norma, tengan todas una doble significación, ya que expresan a la

vez algo que es y algo que debe ser, una conducta que es, de hecho, regular, y la exigencia de una determinada conducta, conforme a la regla. Semejante hecho del orden del lenguaje nos revela ya la existencia de una conexión necesaria, con necesidad real, entre el ser y el deber ser, la normalidad y la normatividad, conexión que entraña importancia suma para el problema del derecho. A diferencia de las regularidades sociales meramente de hecho, del uso y de la costumbre, las ordenaciones sociales, en que la regla se presenta además como una exigencia, aparecen como trascendiendo de la esfera del ser en cuanto, de las diversas posibilidades de la realidad, se selecciona una, a la que se considera como la que debe ser, aunque la realidad normada ha de tener siempre la posibilidad de contradecir tal determinación. La disposición que establece que no debe robarse, sólo tiene sentido debido a que, en la realidad, se roba. De otro modo no sería, en absoluto, posible la comparación de una conducta dada con una conducta exigida. Pero las normas sociales mantienen necesaria relación con la esfera del ser en cuanto sólo tienen validez, es decir, reciben existencia y se mantienen, en virtud de una orden dictada por una voluntad y de una observancia voluntaria, o sea que su deber ser tiene siempre como supuesto y como objetivo un querer real.

El derecho debe ser incluido entre las ordenaciones sociales en que la regla aparece como una exigencia. El sociologismo, al considerar al derecho como "un sistema de reglas de la vida social que tienen validez efectiva" (Kornfeld, *Soziale Machtverhältnisse*, 1911, p. 32, y más recientemente Tsatsos, *Begriff d. positiven Rechts*, 1928, p. 36; cf. Somlo, pp. 56 ss.), atiende únicamente a la normalidad, a la observancia regular, en forma unilateral, y pasa por alto que el derecho se basa en una orden y que ésta ni tiene sentido cuando se refiere a una realidad social que carece de la posibilidad de obrar conforme a la exigencia, ni tampoco cuando lo hace a una realidad que no puede comportarse de manera opuesta a lo que se reclama. Tan desatinado es disponer que no es lícito a los hombres morir, como, por el contrario, ordenárselo. De este modo existe una tensión constante entre el deber ser y el ser sociales. En cambio el logismo normativo que representan Kelsen y su escuela, al contraponer el deber ser, de carácter jurídico, al ser, de carácter social, sin que entre ellos exista modo alguno de relación, considerando al primero como un deber ser independiente de toda orden y de toda observancia, atiende única y unilateralmente a la normatividad y olvida que todo el deber social se relaciona constantemente con un querer humano y que las normas sociales no son afirmaciones teóricas, sino exigencias dirigidas a la voluntad del hombre. La confesión de la inevitable antinomia "de un dualismo —que hay que estimar como supuesto necesario— de ser y deber ser, realidad y valor, y la

admisión ineludible de una relación de contenido entre ambos sistemas —que se han supuesto sin relación entre sí—" (Kelsen, *Staatslehre*, p. 19) no significa otra cosa sino que la hipótesis de una falta de relación entre el ser y el deber ser sociales es una falsa hipótesis.

El ser y el deber ser son, sin duda, elementos antagónicos que no pueden ser referidos ni el uno al otro ni ambos a una común raíz lógica, pero que sí pueden ser enlazados en el concepto de la ordenación normativa social. Pues un deber ser social que, por principio, no guardase relación alguna con un ser social a que hubiera que dar forma, no sería en puridad, un deber ser. Por otra parte, como Kelsen (*ob. cit.*, p. 15) acertadamente indica, no existe un ser social sin normas sociales. La "tensión", pues, entre ser y deber ser (*vid.* también Kelsen, *ob. cit.*, p. 18) no debe resolverse nunca unilateralmente, ni en favor de lo normativo ni del lado de la realidad social. Sólo se comprende de manera cabal la ordenación normativa social si se considera y da por supuesto que el ser y el deber ser no se hallan en un estado de aislamiento y en una antidialéctica ausencia de relación, sino, por el contrario, en una correlativa coordinación. Todas las ordenaciones normativas sociales constituyen limitaciones del albedrío; así el derecho supone una restricción del albedrío en el sentido de lo injusto. Las ordenaciones normativas sociales se refieren a los hombres en cuanto soportes de intereses y entes capaces de querer (cf. Wolff, *Organschaft u. jur. Person*, p. 263).

Dentro de las ordenaciones normativas sociales el derecho positivo se distingue de las reglas convencionales, en el estado actual de la evolución social, por la manera como se establece y asegura su cumplimiento. Las ordenaciones normativas sociales deben su nacimiento y mantenimiento a actos de voluntad humana. El establecimiento y aseguramiento de las reglas convencionales, *v. gr.* las normas de la decencia y urbanidad, resultan de la aceptación o reprobación de la opinión pública no organizada. En cambio el ordenamiento jurídico tiene a su disposición una organización especial a cuyos órganos incumbe la tarea específica de garantizar el nacimiento y mantenimiento del derecho. En el Estado moderno estos órganos de creación y ejecución del derecho son, inmediata o mediatamente, órganos del Estado.

No quiere esto decir que los órganos del Estado hayan sido siempre los creadores exclusivos del contenido del derecho ni tampoco los únicos que velaban por su cumplimiento. La relación entre Estado y Derecho hay que considerarla también desde un punto de vista histórico y todo lo que, con pretensiones de validez general y trascendiendo de la historia, se diga sobre tal relación hay que tomarlo con cautela suma. A lo largo de la historia se ha ido desarrollando un lento proceso en el que el derecho se diferencia gradualmente de las reglas convencionales

mediante la organización de instancias legislativas y judiciales destinadas a la creación del orden jurídico. Este proceso de diferenciación se debe al aumento de la interdependencia y del intercambio, consecuencia de la creciente división de trabajo, con lo que se hace más necesaria una ordenación normativa social establecida de modo consciente y según un plan, y que, en lo posible, sea previsible en su ejecución. Sólo en la época de la economía de cambio muy avanzada le fue posible a la jerarquía del Estado organizar un orden normativo semejante. Hasta entonces la creación jurídica vino perteneciendo, en mayor o menor grado, a toda comunidad organizada y, en cuanto a la ejecución, era cosa que incumbía casi a todos, que podían hacerse justicia por su mano. Si, en la determinación del concepto de derecho, queremos orientarnos no hacia lo que es sino hacia "lo que fue y lo que tal vez vuelva a ser" (Tatarin-Tarnheyden, p. 487), hemos de admitir que no sólo el Estado sino también las Iglesias, los Territorios, los linajes, las ciudades, los gremios, las corporaciones profesionales, es decir, todos los grupos organizados pueden crear derecho y velar por su cumplimiento. Con ello vendríamos a renunciar, en último término, a toda distinción entre el derecho y las reglas convencionales y, en todo caso, se introducirá una acepción gramatical según la cual todo estatuto corporativo sería derecho. Dado que el Estado soberano ha reclamado para sí, y con éxito, el monopolio de la coacción física legítima, convirtiéndose en unidad social suprema de decisión y acción frente a las demás instancias autónomas, se reserva, por motivos de conveniencia, la denominación de derecho a aquella ordenación normativa social que se establece y asegura por medio de los órganos especiales de la organización estatal.

No quiere decir esto que los órganos del Estado, a cuyo cargo corre la creación del derecho, determinen de modo completamente libre los contenidos jurídicos y que sólo ellos puedan asegurar su observancia. En rigor, el matrimonio, la familia, la propiedad y el contrato, así como los diversos grupos territoriales y personales, son, históricamente, anteriores al Estado y, por consiguiente, no han sido creados por virtud de la correspondiente función jurídica de aquél, sino que son, en su origen, resultado de fuerzas sociales que el Estado no ha organizado. Sin embargo, desde el momento en que la sociedad encomienda a órganos especiales, primero la jurisdicción, luego la ejecución de sus sentencias, y finalmente la legislación, cuyos órganos, desde el Renacimiento, se integran unitariamente, en medida creciente, en la organización estatal, desde ese momento aparece perfectamente justificado atribuir carácter estatal al derecho. Pues a partir de entonces el Estado viene realmente a ser la fuente de validez formal del derecho por cuanto él establece y asegura el derecho legal mediante sus órganos y señala las condicio-

nes para la validez del derecho consuetudinario. Ello no obsta para que aún hoy ciertos contenidos jurídicos, en cuanto normas convencionales, aparezcan con frecuencia al margen de, e incluso contra el Estado. Por muy "total" que sea un Estado nunca podrá absorber toda la realidad social ni eliminar por completo su fuerza productora de derecho. Y justamente porque el derecho y las reglas convencionales tienen muchas veces el mismo contenido, sólo pueden ser diferenciados por el carácter estatal de su creación y aseguramiento, que acompaña al primero.

Es evidente que la observancia de normas jurídicas se halla también asegurada en amplia medida por ordenaciones no jurídicas de carácter natural, social y normativo, por las situaciones económicas de intereses, por las reglas convencionales, la religión y la moral y asimismo por los órganos de otras organizaciones distintas del Estado. Ningún Estado podría subsistir ni una hora sin estas garantías naturales y sociales de su ordenación jurídica. Así acontece, por ejemplo, que en la democracia parlamentaria, el partido político es un fenómeno "extraconstitucional" al que con frecuencia el Derecho Constitucional no hace referencia, a pesar de que la ordenación y los órganos de los partidos son algo imprescindible para la creación jurídica en aquella forma de Estado (cf. Triepel, *Staatsverfassung u. pol. Parteien,* 1927, p. 24). Asimismo, mal iría el cuidado y educación de los hijos si hubiera sólo de depender de las disposiciones de derecho de familia que el Estado establece y garantiza y no existiera una serie de ordenaciones naturales y sociales que por tal cosa velaran. Lo que el legislador no ha declarado expresamente, aunque sí supuesto, respecto al sentido y aseguramiento de una norma jurídica aislada no se puede nunca descubrir mediante la sistematización lógica sino únicamente en conexión con la totalidad de la realidad social dentro de la cual la norma vale. Pero cuanto menos pueden los ordenamientos y órganos extraestatales establecer y mantener la necesaria ordenación de la vida social, tanto más imperiosa será la urgencia de que el Estado se encargue de crear normas y de velar por su cumplimiento. Esto es cosa que comprueba la historia del Estado y es también aplicable, en cada caso concreto, a la relación que actualmente existe entre Estado y Derecho.

No es aquí el lugar para ocuparnos de las numerosas teorías jurídicas particulares (véase sobre ello a Somlo, pp. 128 ss.). Únicamente señalaremos, en contra de la extendida tesis de que la coacción es una nota esencial del concepto del derecho, que tampoco las reglas convencionales desconocen la coacción y que, por otra parte, tanto el Derecho Internacional como importantes partes del Derecho Político, carecen de coacción física organizada. En cambio, sucede que la imperfección de la garantía del Derecho Internacional —nacida del hecho de que sean los órganos de la organización estatal quienes lo establecen y

aseguran, con lo que se identifica al creador de la norma con su destinatario— aparece frecuentemente compensada por la existencia de garantías extraestatales tales como la situación de intereses y la aceptación o repudio de la opinión pública no organizada. Por otra parte, el derecho consuetudinario, del que tanto se habla pero que no tiene hoy prácticamente mayor importancia, sólo se conoce que es derecho por la circunstancia de que los órganos estatales, si casi no lo aplican, al menos lo admiten, es decir, lo aceptan tácitamente y lo aseguran.

Si tratamos de determinar la relación en que actualmente se encuentran el Estado y el Derecho, partiendo de que éste es aquella ordenación normativa social establecida y garantizada por los órganos de la organización estatal, no podemos considerar ni al Estado ni al Derecho como un *prius,* sino como entidades que se hallan entre sí en correlativa vinculación. Ante el mismo insoluble problema se encuentra quien considere al Estado como un poder de voluntad no sujeto a normas y trate de hacer arrancar de él el camino que al derecho conduce, como el que afirma que el derecho es un deber ser puramente ideal, libre de todo poder real, y se esfuerce, por otra parte en vano, en enlazarlo con el Estado. Mientras se permanezca aferrado a esa idea de la irreductible oposición entre naturaleza y espíritu, acto y sentido, voluntad y norma, la realidad social aparecerá hendida en dos partes sin vinculación posible: allá el mundo del puro espíritu, de las formaciones ideales de sentido, de las ordenaciones normativas del deber ser; aquí la muchedumbre desordenada de las fuerzas naturales carentes de sentido que constituyen una realidad existencial causal que es, sin ser algo para nosotros, es decir, que no tiene sentido alguno. El dualismo antidialéctico se ve obligado a atribuir por completo a la Psicología y a la Sociología la condición de ciencias naturales, con lo que no puede comprender adecuadamente ni un solo acto de voluntad humana con sentido.

La contraposición entre la norma objetiva y la realidad psicológica subjetiva y, junto con ello, la existencia de una Jurisprudencia dogmática, son posibles gracias al hecho de que el sentido *insito uno acto* en las manifestaciones externas posee una cierta sustantividad propia, relativamente objetiva, pudiendo por ello ser considerado y comprendido con abstracción de toda realidad psico-física. La tarea específica del jurista consiste en separar, interpretar y sistematizar, entre los modos de conducta con importancia para la ordenación de la convivencia social, aquellas significaciones o contenidos de sentido que valen como "derecho". Pero toda Jurisprudencia que intente el artificio metódico de separar de manera absoluta la manifestación del sentido, la naturaleza del espíritu, la forma del contenido y el acto de voluntad de la norma, se topará con un callejón sin salida. Pues así como el indivi-

duo no es un espectro incorporal, sino que aparece incluido e inserto en una realidad física en la cual y junto a la cual él es espíritu, así también la externa manifestación y el sentido constituyen un todo a la vez corpóreo y de sentido, una unidad dialéctica de sentido y corporeidad que aprehendemos *uno intuitu* (cf. Heller, *Souveränität*, pp. 77 *ss.*; Schindler, *Verfassungsrecht*, pp. 120 *ss.*).

Por tal razón, el problema del Estado y el Derecho sólo puede ser comprendido si se considera al deber ser jurídico, a la vez, como un querer humano, como "la objetivación de un acto de decisión" (E. Kaufmann, *Logik u. Rechtswissenschaft*, 1922, pp. 69 *ss.*), lo cual, sin embargo, en cuanto acto creador de derecho, ha de contener ya una exigencia o una norma. Los términos exigencia, disposición, mandato, imperativo, designan una motivación dotada de sentido y dirigida a la conducta humana. El mandato puede, mentalmente, separarse de quien lo dicta y objetivárselo, por ejemplo de palabra, por escrito o por imagen. Pero la emancipación, corriente en la técnica jurídica, de la norma con respecto al acto de normación no puede llevarse hasta el extremo de aislar, de un lado, a un acto de voluntad realizado en un espacio y en un tiempo, engendrado causalmente y que causalmente obra, aunque sin sentido, y, de otro lado, una norma jurídica que trasciende de toda causalidad y de todo tiempo y espacio. Por el contrario, el acto de voluntad que da positividad al derecho debe considerarse como una unidad dialéctica de querer y deber ser: lo que, visto desde el que manda, aparece como mandato o disposición, se presenta al destinatario como norma; lo que con respecto al acto de voluntad aparece como imperativo, con respecto al contenido significativo aparece como norma.

El jurista dogmático o, más exactamente, el jurista judicial que sólo se interesa por la aplicación de preceptos jurídicos positivos en la jurisdicción civil y penal, puede, con facilidad, incurrir en el error de creer que los preceptos jurídicos que encuentra en los cuerpos legales y en la jurisprudencia son normas ideales, independientes de toda actualidad volitiva y de toda facticidad. Pues, en efecto, un precepto jurídico puede aparecer hasta tal punto trascendiendo de lo real, respecto a la conducta de los individuos, que su validez normativa se mantenga aun en el caso de que durante décadas ese precepto no se aplique o no se observe. En semejante caso, el jurista judicial puede, fácilmente, pasar por alto el hecho de que el precepto jurídico concreto sólo tiene validez gracias a su inclusión en la conexión sistemática de una jerarquía de poder y del orden jurídico a ella correspondiente (Heller, *ob. cit.*, p. 55), de cuya validez participa en virtud de una orden y de una observancia voluntarias. El aparato burocrático del Estado del presente, que funciona con calculable precisión, garantiza

de tal manera la actualización regular de las normas jurídicas, especialmente las de Derecho Civil y Penal, mediante los tribunales y las autoridades de ejecución, que se concibe que el jurista judicial pueda llegar a considerar de hecho a los preceptos jurídicos positivos como formaciones de sentido sustraídas al querer humano por largos lapsos de tiempo. Sin embargo, la afirmación teórica de que el derecho forma parte de un "mundo de formas destemporalizado" y de que posee una "validez perdurable" independiente del tiempo (G. Husserl, en *Husserl-Festschrift*, 1929, p. 16), no significa sino que el derecho, al igual que las demás formaciones de sentido objetivadas, aparece, frente al fluir subjetivo de las vivencias, como un objeto trascendente que vale, pues, justamente en tanto que tienen validez. La destemporalización relativa del derecho ha de ser comprendida sociológicamente (cf. *infra*, p. 283) y nunca podrá entendérsela gnoseológicamente como la validez intemporal de las formas puras del pensar.

El derecho, empero, sólo puede ser comprendido como un querer si se le concibe, a la vez, como un deber ser. Por esta razón, hay que estimar el poder estatal de voluntad que da positividad al Derecho como ya sometido a normas. El gran mérito crítico de Hans Kelsen ha sido el haber señalado que la validez jurídica no puede basarse en su establecimiento por un poder de voluntad no sometido a normas. Sin embargo, la solución que da al problema de la validez, apelando a la hipótesis de una "norma fundamental" que declara: condúcete tal como lo ordena el monarca o el parlamento, no es, en puridad, otra cosa sino un mero cambio de nombre de la voluntad estatal no trabada por normas (cf. Heller, *ob. cit.*, pp. 53 ss., 93). Pues si es la norma fundamental "la que instaura la autoridad constituyente" y si la Constitución extrae su "validez jurídicamente relevante, de esta norma originaria", en tanto que su contenido procede "del acto empírico de voluntad de la autoridad constituyente" (Kelsen, *Souveränität*, p. 1), vendremos así a tener, de una parte, una norma fundamental sin contenido y, por consiguiente, no sometida a normas, alias voluntad del Estado, y, de otra parte, una Constitución que toma su validez de la voluntad, no sometida a normas, del Estado.

Mientras se contraponga, sin género alguno de mediación dialéctica entre ambos, el derecho al poder de voluntad del Estado, no podrá comprenderse de modo cabal ni lo específico del derecho ni lo característico del Estado y, por consiguiente, tampoco la relación que existe entre uno y otro. Son, sobre todo, incomprensibles la validez y la positividad del derecho sin una correlación entre el Estado y el Derecho. Hay que concebir al Derecho como la condición necesaria del Estado actual y, asimismo, al Estado como la necesaria condición del Derecho del presente. Sin el carácter de creador de poder que el derecho en-

traña no existe ni validez jurídica normativa ni poder estatal; pero sin el carácter de creador de derecho que tiene el poder del Estado no existe positividad jurídica ni Estado. La relación entre el Estado y el Derecho no consiste ni en una unidad indiferenciada ni en una irreductible oposición. Por el contrario, esa relación debe ser estimada como una relación dialéctica, es decir, "como relación necesaria de las esferas separadas y admisión de cada polo en su opuesto" (Cohn, *Theorie der Dialektik*, pp. 52 ss., 264 s., 287).

Por tal motivo, el problema de la validez del derecho ha de considerarse también en conexión con el carácter de formador de poder que el derecho tiene. Para que alguien tenga poder, es decir, para que sus órdenes sean cumplidas de modo constante, es preciso que quienes lo sostienen, o al menos aquellos de más infujo, estén convencidos de la legitimidad de su poder. El poder político es una relación social, pero no es necesariamente una capacidad política personal. El gobernante más incapaz ejerce poder y recibe obediencia mientras se cree en la legitimidad de su autoridad. La instancia que en el Estado establecen las normas se hace legítima cuando los destinatarios de la norma creen que el creador del derecho, al establecer los preceptos jurídicos, no hace más que dar carácter positivo a ciertos principios de derecho éticamente obligatorios que trascienden del Estado y de su derecho, y cuyo fundamento precisamente constituyen. Más adelante hemos de ver que toda unidad de poder precisa, además, de la coacción. Aquí debemos manifestar que la coacción contra los que no aceptan la ordenación de la autoridad tiene como supuesto la adhesión interior de los que a tal ordenación fuerzan. Todo grupo de dominación precisa a la larga de la creencia de que sus principios jurídicos y, por éstos, sus preceptos jurídicos poseen una fuerza obligatoria general que liga también a los sometidos. Sólo aquel derecho que pretende servir a la justicia podrá obligar, a los mismos que mandan, a realizar aquellas acciones gracias a las cuales se constituye el poder del Estado.

Para quienes conciben erróneamente la esencia de la autoridad, al reducirla exclusivamente a la protección de intereses o al ejercicio de la fuerza militar, resulta esencialmente incomprensible el carácter de creador de poder que el derecho tiene y que nace justamente de los fundamentos suprapositivos de su validez. Tener autoridad quiere decir encontrar obediencia sin tener en cuenta la protección de los intereses en que piensan los que obedecen (Heller, *ob cit.*, pp. 35 *ss.*). La estructura necesariamente antagónica de la relación entre el individuo y el Estado da lugar a que, sin excepción, todo acto de autoridad y de normación tenga que sopesar intereses y —tanto entre los grupos como dentro del mismo grupo dominante— que perjudicar a unos en beneficio de otros. Sin la creencia en la rectitud obligatoria de los

criterios sobre los cuales se basa el sopesamiento de los intereses no se concibe, en último extremo, la autoridad de ningún gobierno. Aquellos mismos ideólogos del poder que, adoptando una postura maquiavelista, pretenden haberse liberado de toda ideología y hacen marchar siempre a Dios con los más fuertes batallones, no paran mientes en el gran valor que el derecho tiene para adquirir, al olvidar que la seguridad en sí misma, imprescindible para toda autoridad duradera, sólo la puede dar la buena conciencia. Por esta razón, el destino de una clase dominadora está sellado en cuanto deja de creer en sus principios jurídicos y no está ya convencida, con limpia conciencia, de que sus principios de justicia tengan general fuerza obligatoria aplicable también moralmente a los dominados.

Decir que la voluntad del Estado es la que crea y asegura el derecho positivo es exacto si, además, se entiende que esa voluntad extrae su propia justificación, como poder, de principios jurídicos suprapositivos. En este sentido, el derecho es la forma de manifestación éticamente necesaria del Estado. La voluntad del Estado debe ser concebida como una indubitable realidad social existencial. Por eso, precisamente, no puede ser una voluntad libre de normas, lo que sólo podría encontrarse en todo caso en el reino animal, sino que, como cualquier otra voluntad humana, hay que considerarla como un ser formado por normas, que no puede sustraerse a las exigencias, variables según el grado de cultura, que plantean las condiciones de la vida en sociedad. El problema cardinal, pues, de la Teoría del Estado, el de la relación entre voluntad y norma, sólo puede resolverse, con respecto a la creación jurídica soberana, concibiendo a la voluntad del Estado, también desde el punto de vista de la ciencia de la realidad, como una unidad dialéctica de aquellas dos. La autoridad de la voluntad soberana del Estado, su cualidad de poder "supremo" se basa en su legitimidad.

El derecho es la forma de manifestación necesaria, tanto desde el punto de vista moral-espiritual como técnico, de todo poder permanente. La función creadora de poder que el derecho tiene hállase condicionada, de un lado, por su normatividad y, de otro, por su positividad. Si no se acepta la forma jurídica no es posible que una situación transitoria de dominación se convierta en una situación de dominación relativamente permanente. Sólo en virtud de la identidad de las normas jurídicas adquiere forma la ocasionalidad de las relaciones de poder siempre cambiantes, estructurándose en una unidad de poder permanente. Aunque no fuera más que por estos motivos de técnica del poder, nunca podría una voluntad sin normas ejercer poder social. Todo poder social se basa en la expectativa de una conducta regular por parte de los sometidos, y todo poder político en la expectativa de una conducta de los súbditos, según lo exigido por la regla. Las pers-

pectivas de poder de una unidad de voluntad son tanto mayores y más durables cuanto mayor y más durable sea la probabilidad de que se realice de manera efectiva, por parte de los súbditos, la conducta que se espera. La duración y la acción del poder pueden incrementarse considerablemente por medio de la organización, es decir, por el hecho de que se haya instaurado conscientemente una ordenación norma tiva, de acuerdo con la cual llevan a cabo sus prestaciones para con el poder tanto los súbditos como los órganos, armonizándose unos y otros entre sí mediante la observancia y el mandato. Todo poder político es poder jurídicamente organizado.

La forma técnicamente perfecta de una formación consciente de unidad del poder es la militar. Dintínguese ésta de la forma jurídica en que es mera forma técnica, pues sólo recibe su legitimación y sus objetivos de la voluntad política. La forma jurídica pretende ser justa, en tanto que la forma militar sólo pretende ser técnicamente precisa y practicable. Ambas formas actúan creándo poder; pero la militar lo hace sólo en virtud de su técnica, por la que organiza únicamente actividades militares en una unidad de acción, en tanto que la forma jurídica lo hace además mediante su pretensión de legitimidad, al organizar actividades espirituales y físicas de toda clase, incluidas las militares, en una unidad de acción política universal. La forma militar representa la más precisa y practicable forma de la organización de poder porque ella supone el máximo de certidumbre respecto a lo que se exige y de seguridad, de suerte que la conducta exigida se cumple también con regularidad efectiva. La forma jurídica necesita de tanta más precisión y practicabilidad cuanto más numerosas y complejas sean las relaciones sociales. Este aspecto técnico del derecho, que se manifiesta unas veces en la determinación racional del contenido jurídico y otras en la certidumbre de la ejecución, es lo que llamamos seguridad jurídica. No cabe duda que la forma jurídica no puede nunca alcanzar aquella regularidad casi mecánica de la conducta de los subordinados en que se basa la precisión de la formación de poder de carácter militar. Dado que la organización militar es sólo una organización técnica de funciones parciales, en lo posible uniformes, eliminando en buena parte la autodeterminación individual, se halla en condiciones de asegurar, al modo como sucede en la forma económica de división del trabajo de la gran empresa racionalizada de nuestros días, una previsibilidad de la formación de poder que la forma jurídica nunca puede alcanzar, ya que, a causa de su función de ordenación universal, que hace que nunca pueda racionalizarse por completo, queda siempre en ella un amplio margen de espontaneidad. Puede, por eso, hablarse de una ley del rendimiento decreciente de poder de la seguridad jurídica, ley que, aunque también deja sentir su influjo en la formación del

poder militar, se da en grado mucho menor que en la formación del poder político.

El derecho, como forma de manifestación necesaria, tanto por motivos técnicos cuanto ético-espiriuales, del poder del Estado, no debe ser considerado de manera tan radicalmente errónea que se lo llegue a excluir, como hace Smend, del círculo de los factores de integración del Estado, estimando que las funciones jurídicas son "cuerpos extraños" en la Constitución (*ob. cit.*, pp. 97 *ss.*, 150). Pues lo cierto es que, en realidad, no hay factor alguno de integración del Estado que sea más imprescindible que el derecho. En la dinámica de las relaciones de dominación histórico-sociales una situación de poder se convierte en un *status* político únicamente gracias al derecho. Sin el derecho, con sus caracteres normativos y técnicos, faltaría al Estado —en el cambio incesante de los innumerables procesos de integración— permanencia y estructura, es decir no tendría, en general, existencia (cf. *supra*. p. 67 *s.*). El carácter de formador de poder que el derecho tiene es también negado por C. Schmitt, quien confunde, además, normatividad y positividad al afirmar que la unidad y ordenación reside "en la existencia política del Estado, y no en leyes, reglas ni ninguna clase de normatividades" (*Verfassungslehre*, pp. 9 *ss.*; cf. también p. 22; cf. Heller, *ob. cit.*, p. 69). La normatividad y la existencialidad no son para el Estado cosas opuestas, sino condiciones recíprocas. El derecho, en realidad, formula "casi leyes esenciales del ser de la vida de la comunidad humana" (E. Kaufmann, *Probleme d. internat. Gerichtsbarkeit*, 1932, pp. 9 *s.*).

Al carácter formador de poder del derecho corresponde el carácter creador de derecho del poder. El derecho no es determinado menos unilateral e insuficientemente si se le concibe sólo en su normatividad ideal que si sólo se le estima en su positividad, cuyo origen se halla en la facticidad de una unidad de decisión y acción. Las normas jurídicas positivas no se establecen por sí mismas sino que son queridas, establecidas y aseguradas mediante disposiciones reales. Sin una positivación, por medio de actos de voluntad, el derecho no puede tener ni la firmeza que requiere la actual sociedad de cambio, ni eficacia. Sin la unidad fáctica de la voluntad del Estado no existe unidad del orden jurídico positivo; pero sin ésta no hay justicia ni seguridad jurídica. No existe ni existió nunca un grupo social de tal homogeneidad que excluyera toda diversidad de principios de justicia y de principios jurídicos; pero aunque existiera, se necesitaría también en él de un poder voluntario de decisión y acción para la conveniente concreción o imposición de los preceptos jurídicos —que nunca pueden ser derivados, por un mero procedimiento lógico, de los principios éticos del derecho—, es decir, tanto para conseguir la certidumbre jurídica como, sobre todo, para lograr la certidumbre de la ejecución. La doctrina que sostiene

que la existencia del Estado se apoya jurídicamente tan sólo en su propia voluntad, de tanta importancia sobre todo en Derecho Internacional (Jellinek, *Staatslehre*, p. 274), ha dado certera expresión al carácter creador de derecho del poder (Heller, *ob. cit.*, pp. 148 *s.*). Claro es que a esta voluntad del Estado no puede considerársela como no ligada por normas, pues de lo contrario también se vería privada de poder; pero tiene que ser poder porque sólo así puede establecer y asegurar el derecho.

Si la aplicación de la idea del derecho a una realidad social concreta no es posible sin que intervenga una autoridad de la comunidad que positivice el derecho, el carácter formador de derecho del poder aparece en plena pureza cuando se trata de la validez del derecho injusto.

El problema del derecho injusto, que el positivismo, con la irreflexiva seguridad que en sí mismo tenía, pretendía haber eliminado junto con el Derecho Natural de la Ilustración, volvió a plantearse con las complicaciones sociales del siglo XX. Sin embargo, los dos caminos, el de la moralización y el de la amoralización del derecho, con los que algunos teóricos eluden el problema, pretendiendo no obstante superar el positivismo, deben estimarse inadmisibles. Su fundamental error consiste en que toman del Derecho Natural justamente aquello que nuestra época tiene que rechazar sin condiciones, a saber, la ficción de una comunidad jurídica completamente homogénea dominada por principios unitarios de justicia.

La moderna amoralización del derecho no significa una superación sino, sencillamente, una *reprise* del positivismo histórico que reduce el Estado, al igual que todo derecho, al espíritu del pueblo. Savigny había dicho que el derecho positivo vive "en la conciencia común del pueblo" y que es "el espíritu del pueblo, que vive en común en todos los individuos, quien crea el derecho positivo" (*System*, I, p. 14); con lo que, a la vez que niega la legalidad específica del Estado y del Derecho, viene también a negar el carácter formador de derecho que el poder tiene, creando la ficción de una comunidad del pueblo y del derecho que no deja lugar alguno a un derecho injusto. Y la misma ficción, con el mismo propósito contrarrevolucionario, se contiene en aquella afirmación de Schönfeld (p. 12): "Todo derecho positivo, por terrenal que sea, es la justicia en tiempo y espacio, de donde le viene su dignidad... Ello convierte a su poder en poder jurídico y a su coacción en coacción jurídica, cosa que ya intuyó, aunque sin razonarlo, la Escuela histórica, y que para el positivismo, con su eliminación de toda idea... ni siquiera ha constituido un problema." Fácil es comprender que detrás de esa exaltación religiosa de todo lo existente se oculta una muy terrena significación para la esfera de la política interna; y, asimismo, también se comprende sin dificultad que, con ese estar más allá del

bien y del mal, de lo jurídico y de lo no jurídico, no se lleva a cabo una superación del positivismo sino que, por el contrario, se prepara el camino para la destrucción de todo valor jurídico y, con ello, de toda teoría jurídica. Para ser consecuente con sus postulados, esta religión del *statu quo* político debiera tener coraje bastante para presentar al pueblo alemán el Tratado de Versalles como la encarnación de la justicia en el tiempo y el espacio (cf. Heller, *ob. cit.*, página 181, A 2).

Si la amoralización del derecho conduce a la glorificación religiosa de la situación real del poder, su moralización nos lleva a la anarquía. Siempre que se declare que un precepto jurídico no es obligatorio porque le falta legitimación ética (cf. por ejemplo, B. Darmstädter, *Recht und Rechtsordnung*, 1925, p. 120), lo único que impide caer en el anarquismo es la ficción jusnaturalista de una comunidad jurídica absolutamente uniforme. Lo propio cabe decir de la difundida doctrina de que la positividad del derecho se basa "en último término en la convicción de su validez"; supónese aquí una convicción del "promedio de un pueblo" que, como se reconoce, no existe en muchos casos. "Difícilmente han podido considerar como derecho, las víctimas de la Inquisición española, aquellas normas en virtud de las cuales fueron sentenciadas" (Jellinek, *ob. cit.*, p. 334 y A 1).

Lo mismo la moralización que la amoralización del derecho pasan por alto el condicionamiento recíproco de la formación de derecho por el poder y de la formación de poder por el derecho; ambas se esfuerzan por una irrealizable y falsa amoralización de la justicia y el derecho, de la legitimidad y la legalidad, de la normatividad y la positividad. La sociedad más homogénea precisa del derecho positivo y, con ello, de un poder de voluntad que lo cree y asegure (de opinión contraria, Paschukanis, *ob. cit.*, p. 16 y *passim*). Y si así es, a fuerza habrá de destacarse aún más en una sociedad dividida en clases el carácter formador de derecho del poder y el carácter formador de poder incluso del derecho injusto. Como sucede con toda realidad social, lo que interesa en la conducta constitutiva del poder del Estado que siguen los súbditos, no es sólo su valor de conciencia moral, sino además su valor de acción política. Evidentemente que la aceptación es tanto mayor y tanto más reducida la coacción y tanto más fuerte el poder del conjunto, cuanto más firme sea la creencia en la legitimidad del derecho formador de poder. Pero no se debe olvidar que también el poder no legitimado puede operar en el sentido de crear derecho, de un lado porque la legalidad de la conducta no está necesariamente condicionada por la legitimidad de la norma jurídica, sino que los hombres obedecen también al derecho injusto por apatía, temor o interés; y de otro, porque el derecho es la forma en la cual tiene que manifestarse

incluso el poder no legitimado, de modo que, aun cuando sea injusto, ha de contener ciertos principios de constitución comunes a todo derecho. Aun en los casos en que no haya más que la mera forma jurídica técnica del procedimiento, ajena a toda legitimidad, esa simple forma jurídica, incluso del derecho injusto, impone ciertas limitaciones al poder, ciertos límites a lo arbitrario y una cierta protección para los sometidos a las normas, al forzar a aquél a la observancia de determinados principios jurídicos generales y reglas de interpretación. Por esta razón, no carece de sentido, aun desde el punto de vista del obligado, el luchar por la observancia de una ley injusta o de un tratado internacional injusto (cf. E. Kaufmann, *ob. cit.*, pp. 14 s., 17).

Al negar la relación dialéctica entre el Estado y el derecho, así como la formación de poder por el derecho y la de derecho por el poder, había que enfrentarse con el dilema de reducir el derecho al Estado o negar la legalidad peculiar de éste y disolverlo en el derecho. Para el liberalismo, poco amigo del Estado, la consecuencia era clara. Desde el punto de vista de la historia del espíritu, la eliminación del carácter de realidad del Estado en beneficio del derecho podía enlazarse con la idea jusnaturalista de la autoridad impersonal de la ley, la cual, como orden natural, había de ser conocida y realizada por la razón humana. Se creía que las leyes inmutables de este *ordre naturel* podían obligar de modo inmediato e incondicionado a los destinatarios, prescindiendo de toda autoridad humana e incluso de la voluntad divina; es decir, se creía posible ordenar la realidad social sin apelar a la autoridad (cf. Heller, *ob. cit.*, pp. 17 ss.). La idea de una nomocracia impersonal sólo podría servir para la formación de la sociedad en el caso de que se admitieran ciertos postulados nacionales concretos y de contenido con carácter tan universal y evidente que resultara absolutamente superfluo el que una voluntad viniera a positivizar esos principios de justicia en preceptos jurídicos. El holandés Krabbe, al pretender reemplazar la soberanía del Estado por la soberanía del derecho, viene a ser uno de los últimos representantes de ese "Derecho Natural formal" (Lask, I, pp. 282, 314). "Ya no vivimos —dice—, bajo la autoridad de personas, ora naturales ora artificiales (jurídicas), sino bajo la autoridad de normas, de fuerzas espirituales. Estas fuerzas mandan en el sentido más estricto de la palabra" (*Moderne Staatsidee*, 1919, p. 81). Nuestro autor puede concebir una soberanía del derecho, prescindiendo de toda disposición positiva por actos de voluntad del Estado soberano, gracias a que todavía llena la forma jurídica jusnaturalista con un contenido de Derecho Natural material y a que sus principios de razón democráticos y liberales se le aparecen como evidentes *a priori* y suficientemente concretados.

El intento kelseniano de disolver al Estado en el derecho constituye

una doctrina exclusivamente formal de un Derecho Natural sin contenido. La "doctrina pura del derecho" no conduce a la representación de una autoridad impersonal del derecho, sino a la de una autoridad del derecho depurada de todo contenido ético y sociológico. Al identificar, como lo hace Kelsen, el Estado con el Derecho, por fuerza habrá de desaparecer, con la legalidad peculiar del Estado, la autonomía de la Teoría del Estado. No hay más que una Teoría "normativa" del Estado como Teoría del Derecho, la que, como tal, "es también la Sociología del Estado" (*Staatslehre*, p. 16).

Desde el momento en que se liquida la necesaria tensión entre Derecho y Estado, echándose unilateralmente del lado del Derecho, parece muy fácil fundamentar la validez del Derecho frente al Estado. Pero tal apariencia se desvanece al descubrir que la Teoría kelseniana del Estado sin Estado se presenta como imposible porque, a la vez, es una Teoría del Derecho sin Derecho, una ciencia normativa sin normatividad y un positivismo sin positividad. Como el Estado es absorbido completamente por el derecho y, en cuanto sujeto de derecho, no es otra cosa que "el derecho como sujeto" (cf. Heller, *ob. cit.*, pp. 106 *s.*), las normas jurídicas de Kelsen han de establecerse y asegurarse a sí mismas, o sea que carecen de positividad. El místico "automovimiento del derecho" de Kelsen viene a abocar, en último extremo, "en la norma fundamental, que constituye la base de la unidad del orden jurídico en su automovimiento" (*ob. cit.*, pp. 248 *s.*). Pero como la norma fundamental no es más que un nombre inadecuado que se le da a la voluntad del Estado no sometida a normas, al derecho, tal como lo entiende Kelsen, le falta, además de la positividad, la normatividad. La reducción kelseniana del Estado al derecho supone la identificación del orden normativo ideal con la organización real —la organización es, para nuestro autor, "tan sólo el extranjerismo que corresponde a ordenación" (*Souveränität*, pp. 143 *s.*)— y arranca de la concepción de una organización no organizada y sin órganos, de una democracia sin autoridad, o sea, en último término, de la reducción, ya conocida por nosotros, del Estado al pueblo (cf. *supra*, pp. 179 *ss.*).

De todo lo que hemos ido exponiendo llegamos a la conclusión de que el Estado no puede ser concebido ni como una función de la tierra, ni como fenómeno de expresión del pueblo, de la sociedad de clases o de la opinión pública y que no puede ser, en manera alguna, disuelto en el derecho. Todos esos fenómenos naturales y culturales son condiciones, en parte históricas y en parte universalmente necesarias, del nacimiento y permanencia de la unidad estatal. Pero ni en conjunto ni, mucho menos, aisladas, pueden tales condiciones revelarnos la ley sustantiva del Estado. A ella vamos a dedicar ahora nuestra atención.

III

ESENCIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO

1. La función social del Estado

A. *Su legalidad peculiar*

Murhard: *Der Zweck des Staates*, 1832; Frisch: "Die Aufgaben des Staates in geschichtlicher Entwicklung", *Hdb. d. Politik*, I, pp. 86 *ss.*; H. E. Barnes: *Soziologie u. Staatstheorie*, ed. alem., 1927; Menzel: "Zur Lehre vom Staatszweck", *Ztschr. f. öff. Recht*, VII, 1928, pp. 211 *ss.*

Desde que Aristóteles inició su *Política* con la doctrina del fin del Estado, poniendo al frente aquella frase: πᾶσα κοινωνία ἀγαθοῦ τινὸς ἕνεκα συνέστηκεν, la cuestión del "fin" del Estado constituyó un problema fundamental para todas las doctrinas. Estaba reservado al romanticismo el combatir, por primera vez, la legitimidad de este modo de plantear el problema, afirmando que el Estado, "como las plantas y los animales", es un fin en sí. A partir de entonces la cuestión del fin del Estado aparece desatendida por la doctrina, que la rechaza por considerarla un problema ficticio o superfluo, o bien porque lo estima de imposible solución (cf. Rehm, *Staatslehre*, pp. 31 *ss.*). Si en algún caso reconoce que tal cuestión está justificada, sus respuestas no son, en general, nada satisfactorias científicamente. Y, en todo caso, la Teoría del Estado está muy lejos de ver en ella su problema fundamental.

La eliminación del concepto del Estado de este momento teleológico estaba, sin duda, justificada si se tomaba en consideración la concepción que del Estado tenía el Derecho Natural de la Ilustración, en la que la cuestión del fin aparecía unilateralizada de manera racionalista al considerar equivocadamente al Estado como una creación arbitraria de individuos para un fin consciente. Es también exacta la objeción de que sólo los hombres y no los grupos pueden proponerse fines subjetivos. Ni cabe poner en duda que el Estado no es una unidad de fin en el sentido de que sus miembros persigan en él y con él los mismos fines (cf. *infra*, pp. 219, 221 *s.*). Hay que reconocer asimismo que tienen razón los que declaran que, desde un punto de vista científico, no puede llegarse a establecer objetivamente la "misión" política concreta de un Estado determinado. Pues esta misión —aunque se quiera deducir, a la manera de los geopolíticos del día, con una pretendida objetividad, de la situación geográfica del Estado de que se trate— depende siempre exclusivamente, lo mismo que aquellos fines

psicológicos, de las ideologías, en manera alguna unitarias, de determinados grupos humanos dentro del Estado. Por último, hay que considerar también como mal planteada la cuestión del "fin" trascendente-objetivo del Estado, en relación con la voluntad divina o con el destino último del género humano, porque esa cuestión se refiere al sentido universalmente válido, verdadero o justo, del Estado, o sea el problema de su justificación, problema que no cabe confundir con el del "fin del Estado".

Una vez aceptado que tales objeciones se hallan justificadas, hay que reconocer, sin embargo, que la cuestión del fin del Estado no sólo constituye un problema de importancia para la Teoría del Estado, sino el más fundamental de la misma. Pues si bien es cierto que sólo los hombres son capaces de proponer conscientemente fines, no lo es menos que el Estado, como toda institución humana, tiene una función objetiva llena de sentido que no siempre concuerda con los fines subjetivos de los hombres que lo forman. El Derecho Natural de la Ilustración había extraído una consecuencia que ha inducido a error, a partir de entonces, tanto a las ciencias de la naturaleza como a las de la cultura, a saber, que la finalidad interna de un fenómeno debe referirse a su creación por una voluntad racionalmente dirigida a un fin. Pero así como la ciencia no puede llegar a admitir la acción de un creador partiendo de la legalidad inmanente del organismo natural, ni de la lógica interna del lenguaje concluir que ha sido creado por un espíritu del pueblo (cf. *supra*, pp. 98-99), del mismo modo no le es tampoco permitido explicar la organización estatal por un obrar racionalmente dirigido a un fin, como *v. gr.*, por un contrato entre hombres.

La Teoría del Estado, empero, puede y, es más, debe indagar el sentido del Estado cuya expresión es su función social, su acción social objetiva. Esta interpretación objetiva del Estado hay que distinguirla con precisión de la interpretación psicológico-subjetiva (cf., por ejemplo, Freyer, *Theorie d. obj. Geistes*, pp. 36 ss.). Ciertamente que el Estado, como todos los fenómenos culturales que los hombres realizan, puede ser objeto también de una interpretación psicológica. Tal interpretación indagaría el fin subjetivo que los hombres se han propuesto en un caso concreto o, si se trata de un conjunto de casos, aquel que suelen normalmente proponerse. De estos fines subjetivos no podemos, sin embargo, pasar a la unidad objetiva de acción del Estado. Pues si, en atención a lo general psicológico, se concibe el fin del Estado de manera formal e indiferenciada, si, por ejemplo, se habla, con Jellinek, de un fin "para el mantenimiento de la existencia y del bienestar individuales", en tal caso ese fin no sería un fin específico del Estado, como el propio Jellinek admite (*Staatslehre*, pp. 235 s.), y, por lo tanto. no sería propiamente un fin del Estado, ni tampoco una situa-

ción de hecho psicológica que se pudiera comprobar para todos los miembros del Estado.

Los grandes teóricos del Estado y, entre ellos, especialmente Aristóteles y Hobbes, con sus doctrinas sobre el fin del Estado, no han querido dar ciertamente una interpretación subjetivo-psicológica del Estado, sino una interpretación objetiva. La institución del Estado da lugar en todas partes a actividades semejantes que tienen una significación objetiva con un sentido comprensible para la vida social en su totalidad. La interpretación de este sentido funcional objetivo no debe confundirse ni con una interpretación psicológica ni tampoco con la cuestión del valor justo y válido que haya de atribuirse a la institución estatal.

Las acciones que ejerce el Estado, como causa, dentro del todo social se determinan con la misma objetividad que las funciones que poseen ciertos órganos en el organismo animal o vegetal para la nutrición, reproducción o defensa. Lo causal y lo teleológico no constituyen oposiciones de principio en la comprensión de la realidad social (Wundt, *Logik*, 1919, pp. 197 *ss.*). El Estado no es posible sin la actividad, conscientemente dirigida a un fin, de ciertos hombres dentro de él. Los fines establecidos por estos hombres actúan causalmente sobre otros hombres como elementos motivadores de sus voluntades. La realidad del Estado, el cual ha de ser supuesto aquí como unidad, consiste en su acción o función, la cual, tal como ella es, no precisa que sea querida como fin, ni por todos los miembros ni siquiera por uno solo. El Estado existe únicamente en sus efectos. "La función es la existencia pensada en actividad" (Goethe). La acción objetiva del Estado sobre hombres y cosas es separable de los actos físicos de su nacimiento y puede explicarse, por eso, sin tener en cuenta su nacimiento psicológico, como contenido objetivo de sentido. En cuanto acción objetiva, la función inmanente del Estado se distingue claramente tanto de los fines subjetivos y misiones que le adscriben las ideologías de una parte de sus miembros, como de cualesquiera atribuciones de sentido de carácter trascendente que se refieran a su fundamento jurídico (cf. *infra*, p. 234 *s.*).

Como todas las funciones sociales, que nacen y se mantienen exclusivamente mediante actos de voluntad humana socialmente eficaces, también la función del Estado es algo que se da y plantea a la voluntad humana. La función del Estado nos es necesariamente dada por una situación cultural y natural. No es nunca una mera situación natural la que reclama la función estatal. Hácese ésta una necesidad que domina nuestro obrar en el momento en que se produce una determinada situación cultural, a saber, cuando los pueblos se hacen sedentarios. El asentamiento en un determinado lugar geográfico, limitado

por la vecindad de otros pueblos, hace precisa una unidad de acción para la protección de este espacio así como para su eventual ampliación. Esta necesidad de una solidaridad territorial para las cuestiones que de tiempo en tiempo se presenten en lo exterior, no es capaz, sin embargo, ni con mucho, de fundamentar la función de lo que desde el Renacimiento conocemos como Estado. Hay que agregar un alto grado de división del trabajo social y, condicionada por ella, una cierta permanencia y densidad de las relaciones de intercambio e interdependencia. Esa intensidad de una conexión permanente de vecindad es lo que hace necesaria una organización territorial permanente y unitaria esencialmente referida a la demarcación espacial, organización a la que se da desde Maquiavelo el nombre de Estado. Los modernos Estados territoriales fueron desconocidos en la Antigüedad y en la Edad Media. Una organización comparable al *status* político actual sólo podía desarrollarse entonces en aquellos lugares donde, como consecuencia de los mercados, se concentraban en un breve espacio división de trabajo e intercambio, a saber, en las ciudades. Por esta razón también, encontramos los inicios del Estado moderno en aquellas ciudades donde se dan, al grado máximo de desarrollo, el trabajo y el intercambio, es decir, en las ciudades-repúblicas del norte de Italia.

La función del Estado determinada por el territorio se hace, pues, necesaria en el momento en que se llega a una cierta etapa caracterizada por el sedentarismo y por una división del trabajo muy desarrollada. Esta necesidad de la función estatal, que liga nuestras representaciones y nuestros actos, hace que no podamos considerar al Estado como una creación del arbitrio humano; no se opone, en cambio, a que en él veamos el producto necesario de la voluntad humana actuando en una situación cultural y natural dada. En cuanto se llega a aquel grado de interdependencia social en un determinado territorio, se plantea la exigencia de una ordenación unitaria para las relaciones sociales y, con ella, la de un poder común de ordenación que debe realizarse también hacia fuera. Esta necesidad de hecho sólo se convierte, sin embargo, en la realidad social del Estado en el momento en que aparece sentida, por el grupo humano que vive en el territorio, como objetivo a alcanzar por la voluntad y, como tal, es realizado. Donde no sea querido un poder estatal que se afirme a sí propio en lo interior y lo exterior, no surge ni subsiste Estado alguno. Pero siempre que se dé, como supuesto, aquella situación natural y cultural y se prefiera el poder de ordenación territorial propio al extraño, allí existe una voluntad de Estado. Si consigue organizar y poner en actividad, como poder autónomo, la cooperación social en el territorio, nos hallamos ya ante un sujeto del más alto poder territorial, ante un Estado al cual se atribuye, con necesidad política, el obrar político de gobierno con anterioridad

a todo Derecho Internacional y con independencia de toda Jurisprudencia normativa.

La función del Estado consiste, pues, en la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un *status vivendi* común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica, la cual, en tanto no exista un Estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante.

La determinación de la función de sentido, inmanente, del Estado es de importancia decisiva para la comprensión del mismo en todos sus detalles. Sin una referencia a la función de sentido del Estado, todos los conceptos de la Teoría del Estado y del Derecho Político aparecen vacíos de significado. El agnosticismo, que estima que no puede responderse a la cuestión del "fin" del Estado, conduce a la triste conclusión de que el grupo político sólo puede definirse por su instrumento, la "violencia" (así M. Weber, *Economía y Sociedad*, I, pp. 55 s.). A esta doctrina, y con mayor motivo a las que sostienen que el poder es el "fin" conceptualmente necesario del Estado (por ejemplo, Thoma, *Hdwb. d. Staatsw.*, 1926, VII, p. 755), más que ser falsas les sucede que no nos dicen absolutamente nada. Pues todas las instituciones humanas despliegan poder, y si no se fija una función de sentido al poder específico del Estado, no es posible diferenciarlo de una gavilla de bandoleros, de un cártel del carbón o de un club deportivo.

B. *Distinción de la función política de otras funciones sociales*

Schäffle: "Über d. wissensch. Begriff der Politik", *Ztschr. f. die ges. Staatswiss.*, vol. 53, 1897, pp. 579 ss.; *Handbuch d. Politik*, 1920, vol. I, "Wesen, Ziele und Zweige d. Politik"; Spranger: *Lebensformen*, 1928; Mannheim: *Ideología y Utopía*, (1929), ed. esp., Fondo de Cultura Económica, México, 1941; C. Schmitt: *Der Begriff des Politischen*, 1933; Heller: art. "Political Power", en *Encyclopaedia of the Social Sciences*.

Sólo podremos llegar a un concepto de lo político partiendo de la función de sentido que desarrolla lo político en el seno de la vida social total. Sólo cabe distinguir la peculiaridad de la función política de las demás funciones sociales, de un lado, por el hecho de que la política es una conexión efectiva que nace y se mantiene según leyes relativamente específicas y, de otro, porque esa conexión, en cuanto parte, presenta una determinada significación para el conjunto de la vida social.

El concepto de lo político es mucho más amplio que el de lo estatal. Han existido actividades políticas y formas de actividad política antes de que hubiera Estado, del mismo modo que existen, aun hoy, grupos

políticos dentro de los Estados y entre los Estados. Pero el lenguaje usual ha ampliado últimamente el sentido de los términos política y político en forma considerable. Se habla de una política eclesiástica, militar, económica, de asociaciones, etc., y en ello no se hace referencia sólo al Estado y otras instituciones políticas, sino también a particulares como soportes de tal política. Con tan amorfo concepto, sin embargo, no es posible determinar la función específica de lo político. Todas esas formas de "política" tienen en común el desplegar y aplicar poder social organizado, o sea que su poder nace y se mantiene mediante una cooperación humana dirigida por una ordenación regular común, en la que determinados individuos cuidan del establecimiento y aseguramiento de la ordenación, así como de la actuación unitaria del poder de tal suerte concentrado. Pero al poder organizado y actuado por órganos especiales de una Iglesia, de un *trust* o incluso de una organización militar como tal, nosotros no lo llamamos político.

Tan sólo partiendo de la relación de lo político con la polis y su forma más desarrollada, el Estado, podemos llegar a un claro concepto fundamental. Por eso política es, en el más eminente y ejemplar sentido, la organización y actuación autónoma de la cooperación social en un territorio. Repitamos que no es, en modo alguno, necesario que corresponda siempre a la función política objetiva una intención subjetiva de los miembros. No tiene importancia decisiva el propósito subjetivo del que presta un servicio militar, paga los impuestos, etc. Como todo poder social, también el político es una conexión de causa y efecto, en la cual lo importante es el efecto objetivo y no, o al menos no exclusivamente, el criterio y la intención subjetivos. Por esta razón, el dirigente político puede tener como propósito el enriquecimiento económico; pero si se sirve de la política para estos fines, ha de someter su obrar a las leyes propias de ella o, de lo contrario, fracasará, tanto política como económicamente.

Sin embargo, no toda actividad del Estado es actividad política. La calidad de político de un poder social no es algo establecido definitivamente, de una vez para siempre, sino que depende de las circunstancias sociales, especialmente de la mayor o menor homogeneidad social y política del pueblo del Estado, así como de la forma concreta de Estado. En general se califica de político tan sólo al poder que en el Estado dirige o conduce, no al que ejecuta. Como depositario del poder político se considera, en general, únicamente al que puede llevar a cabo un cambio esencial en la división del poder estatal, en lo interno o lo externo, sobre la base de decisiones autónomas, o bien se esfuerza por poseer esta facultad. Por eso no vale ordinariamente como política la actividad de órganos estatales subordinados que se realiza según normas precisas. Y tampoco se consideran, con frecuencia, como políticas am-

plias zonas de la política social y de la actividad cultural del Estado. En cambio, cuando existen fuertes tensiones políticas, todas las relaciones sociales se hacen, finalmente, políticas e incluso llegan a estimar políticos actos tales como el alcantarillado de una calle, el establecimiento de una fábrica o de un sanatorio o la construcción de una escuela. En épocas tranquilas en las que los principios fundamentales de organización de la cooperación social en un territorio no son puestos en duda, no se concibe que esos actos puedan guardar relación, por lejana que sea, con la función política. De otra parte, en el Estado de Derecho con división de poderes sólo vale propiamente como política la actividad del Estado que tiene carácter dispositivo y, en cambio, no se considera como política, o al menos no se la considera en el mismo grado, a la ejecución que actúa sobre la base de las disposiciones de aquélla; es decir, que, en general, sólo son actividades políticas el Gobierno y la Legislación, no la Administración ni la Justicia. El Estado "totalitario" de las dictaduras modernas, que convierte en políticas a todas las demás relaciones sociales, tiene que valerse no sólo de la Administración, sino también de la Justicia como instrumento inmediato de poder.

La política y el Estado se encuentran, en verdad, estrechamente relacionados tanto conceptualmente como en la realidad, pero no deben ser identificados. No es sólo el Estado el que despliega puro poder político, sino también los grupos políticos intraestatales o interestatales tales como los partidos, las alianzas, la Sociedad de las Naciones y, además, otros grupos cuya función no es, en sí, política, como las Iglesias y las asociaciones patronales y obreras. Así, pues, no todo poder que actúa políticamente es un poder estatal; pero todo poder político —y esto está de acuerdo con nuestra formación conceptual— aspira a ser tal según su función de sentido; es decir, que todo poder político activo aspira a organizar y actuar la cooperación social-territorial según sus intenciones. Pero este objetivo sólo lo puede alcanzar, en último extremo, un poder político —aunque sea interestatal— si se transforma en poder estatal. Pues el poder del Estado se diferencia de todas las otras formas de poder político porque tiene a su disposición el orden jurídico establecido y asegurado por órganos estatales. Dado que el Estado representa el *optimum* político, es decir, la organización política normalmente más fuerte, precisa y practicable, toda actividad política, en virtud de su inmanente función de sentido, debe esforzarse, no ciertamente por conquistar el poder estatal en su totalidad, pero sí por tomar su parte en él. En este sentido puede definirse la política como el arte de "transformar tendencias sociales en formas jurídicas" (Hartmann, *Festschrift für L. Brentano*, 1916, p. 220).

Todo acto del poder político ejerce, por principio, su influjo, que a veces sólo cabe descubrir en un examen microscópico, sobre la vida religiosa, militar, económica, pedagógica, artística y otros aspectos de la vida social, y viceversa. La función política influye en todas las demás funciones sociales y es, a la vez, influida por ellas. Cabalmente por eso, sólo puede captarse el concepto de lo político mediante una interpretación objetiva de la totalidad social. Toda interpretación psicológica, si no quiere quedarse vacía de contenido, tiene que dar por supuesto este contenido objetivo de sentido de la función política. Tiene, pues, que partir necesariamente de la hipótesis metódica de que en todo acto que entrañe un sentido se contienen "todas las formas fundamentales de los actos que entrañan sentido; en todo acto impera la totalidad del espíritu" (Spranger, p. 35). Por esta razón, un acto concreto de la realidad social, la cual presenta por todas partes contornos fluidos, únicamente puede ser caracterizado como político en atención a sus cualidades dominantes, no por sus cualidades puras.

En oposición a la concepción aquí sostenida de la función objetiva de sentido de lo político, se ha formulado recientemente, bajo el influjo de la filosofía de la vida, la tesis de que toda política no significa otra cosa sino una lucha de fuerzas esencialmente irracionales y carentes de sentido. Sorel, Pareto y Oswald Spengler coinciden en afirmar que el ejercicio del poder, sin contenido precisable, constituye la ley fundamental, no sometida a otras leyes, de toda política. Un teórico filofascista ha caracterizado de una manera muy clara la esencia de esta política, refiriéndose a la fascista, en los términos siguientes: "la actividad por la actividad, una especie de *l'art pour l'art* en el terreno político" (cf. Heller, *Europa u. d. Fascismus*, 1931, pp. 28 ss., 43). Al mismo resultado conduce el concepto de lo político tal como lo entiende el influyente defensor del fascismo alemán C. Schmitt. Este autor tiene, naturalmente, que mantenerse en un pisocologismo sin contenido al afirmar que lo que distingue específicamente a lo político es la diferenciación de amigo y enemigo, siendo éste el extraño a quien hay que aniquilar en caso de conflicto. Schmitt sólo puede evitar que tal diferenciación amigo-enemigo se refiera a una diferenciación intensiva de carácter erótico o de cualquier otro, haciendo al Estado, de repente y sin comprensible motivo, soporte de tal diferenciación, de modo que, en conclusión, llegamos a la tesis, no ciertamente nueva, de que las diferenciaciones del Estado son diferenciaciones políticas. Prescindiendo de que la creación y mantenimiento del Estado, y con ello toda la política interior, quedan excluidos de la diferenciación amigo-enemigo, que tiene un sabor guerrero evidente, en la misma política exterior, y de toda ella, no queda a la πολις más que el πόλεμος, del cual evidentemente deriva Schmitt en modo exclusivo su concepto

de la política. Aunque se estime que la política no es sino la continuación de la guerra, lo que la caracteriza es precisamente el empleo de otros medios; la parte más importante de toda política la integran los esfuerzos para evitar el conflicto existencial entre amigo y enemigo. El activismo schmittiano del amigo-enemigo, vacío de contenido, que ha sido, no del todo sin razón, tratado psicoanalíticamente (cf. Behrendt, *Pol. Aktivismus*, 1932, pp. 12 s.), es aplicable también a toda contienda arbitraria y no puede nunca conducirnos a la determinación de una característica específica de lo político, sino, en todo caso, a la trivialidad de que toda vida es lucha. No puede, en verdad, pasarse por alto el impulso irracional hacia una expansión de poder, que es propia de muchos aunque no de todos los poderes políticos, especialmente en la etapa del imperialismo. Pero este impulso no basta a fundamentar una determinación conceptual de lo político porque carece de sentido y porque no es característico y peculiar de lo político, sino que es aplicable también, en igual o mayor grado, al poder económico en el régimen capitalista.

La exposición detallada, microscópica, de todos los factores que ejercen su influjo en la función política y que, a su vez, son influidos por ella, sería una labor imposible de realizar. Hemos de contentarnos, por eso, con una consideración macroscópica que ponga de manifiesto las conexiones y diferencias existentes entre las funciones políticas y las otras funciones sociales más importantes en la situación actual.

Además de la función eclesiástico-religiosa y de la función jurídica, que analizaremos en particular, los otros poderes espirituales ejercen también los más potentes influjos en la política y son, a su vez, influidos esencialmente por ella. Un poder político es tanto más firme cuanto más consiga hacer que sea reconocida la pretensión de obligatoriedad para sus propias ideas y ordenaciones normativas y para las reglas de la costumbre, moral y derecho por él aceptadas y que son, al mismo tiempo, su fundamento. Su prestigio político crece si se logra que el tipo de cultura representado políticamente por él sea adoptado como modelo para la formación de la vida. Las mismas formas del lenguaje, la literatura, la música y las artes plásticas, pueden, en determinadas circunstancias, obrar eficazmente en provecho del poder político. Por eso concede tanta importancia el Estado moderno a la política cultural en el interior y a la propaganda cultural en el exterior. Ningún Estado puede renunciar a la utilización de los poderes espirituales para sus fines. El Estado de Derecho con división de poderes adopta, en verdad, una cierta actitud de respeto frente a las fuerzas espirituales, al asegurar constitucionalmente el libre desarrollo del arte, la ciencia y la Iglesia. Pero esto sólo es posible que lo haga mientras las dife-

rencias que puedan existir en el pueblo del Estado no pongan en peligro la unidad de la cooperación social en el territorio y, con ello, su necesaria función social. Las dictaduras modernas dan al espíritu un trato que implica su consideración como mera función de la política. Se proponen forjar una solidaridad política mediante la creación de una uniformidad espiritual de actos de coacción directa y, con ello, una pretendida nueva cultura.

En esto, como en otras muchas manifestaciones, especialmente científicas, del presente, aparece claro hasta qué punto ha desaparecido la capacidad para distinguir la legalidad propia, histórica y sistemática, de la función espiritual y de la función política. Aunque la historia, desde los griegos y romanos hasta los alemanes e italianos de los siglos XVIII y XIX, demuestra lo contrario, la mayoría de nuestros teóricos y prácticos de la política están imbuidos de la creencia supersticiosa en una armonía preestablecida entre el poder político y el del espíritu. Sólo un estado de "desilusión" y anarquía espiritual, tanto en lo individual como en lo social, puede explicar que se confunda la legalidad propia de las actividades políticas con las leyes de los valores espirituales, socialmente ineficaces en el momento y hasta por largo tiempo. La organización y actuación de la cooperación social en un territorio no puede producir más que ciertos requisitos organizatorios de una cultura espiritual. Y viceversa, Platón y Praxiteles, Shakespeare y Goethe no han ejercido, en absoluto, influjos necesarios de poder político. La fama suya, que en ocasiones actúa produciendo políticamente poder, es en la mayoría de los casos, como dijo un poeta, sólo la suma de las malas comprensiones que, con el tiempo, se han ido acumulando en torno a sus grandes nombres.

Un problema superlativamente importante es el de la relación entre la función política y el poder físico, especialmente el militar. Hemos dicho ya que la militar es la forma más perfecta técnicamente de una formación autoritaria de poder (cf. *supra*, pp. 211 s.). Este hecho descarría a menudo al pensamiento técnico unilateral, llevándole a ver en aquélla la forma más perfecta de la función política. Pero, a diferencia del poder político, el militar es sólo un poder técnico, que recibe del Estado la determinación de sus objetivos y su legitimación. Sólo como parte del poder del Estado tiene una función de sentido de carácter social. Un poder militar que no se subordine al cometido de organizar y actuar la cooperación social en un territorio, no es más que una partida de bandoleros. Pero en tanto que asegura la función política en lo interior y lo exterior, el poder militar es una ineludible condición de existencia de todo poder estatal. El poder físico, ciertamente, en ningún caso es más que una *ultima ratio* del poder político; el poder político sólo precisa de la fuerza excepcionalmente y con ella

sola no podría sostenerse ni un momento. Cumple, sin embargo, señalar que el poder armado asegura la existencia del poder político no sólo en cuanto se ejerce de hecho, sino ya como mera amenaza.

Las relaciones entre la función estatal y la función social de la Iglesia y de la economía, así como la función jurídica, precisan de una especial indagación.

a) *El Estado y la Iglesia*

MOHL: *Staatsrecht, Völkerrecht u. Politik*, II, 1862, pp. 172 ss.; LAURENT: *L'Église et l'État*, Bruselas, 1868; SOHM: "Das Verhältnis von Staat und Kirche, etc.", en *Zeitschr. f. Kirchenrecht*, vol. II, 1873, pp. 157 ss.; HINSCHIUS: *Allg. Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche*; MARQUARDSEN: *Hdb. d. öff. Rechts*, I, 1883; ROTHENBÜCHER: "Wandlungen i. d. Verhältnisse von Staat u. Kirche, etc.", *Jhrb. d. öff. Rechts*, III, 1909, pp. 336 ss.

El poder estatal que organiza y pone en ejecución las actividades sociales de los hombres que viven en un determinado territorio es, por su función, un poder secular. En cambio, la Iglesia ordena la conducta del hombre respecto a potencias supraterrenas. Precisamente por eso falta en ella la función territorial que es necesaria al Estado; es esencialmente una agrupación personal y no una organización territorial. Pero mientras la Iglesia es un grupo que pertenece a este mundo, una "sociedad religiosa", tiene también que organizar, dentro de la conexión social de causa y efecto, actividades sociales y, por consiguiente, ha de ejercer poder social. Teniendo en cuenta el gran poder de la Iglesia católica, afincado en una organización mundial, se habla por eso, no sin fundamento, de una soberanía eclesiástica. Pero la propia Curia romana, con bastante frecuencia, manifestó que para una soberanía política, hasta el Tratado de Letrán, le faltaba un territorio geográfico propio. No hace mucho tiempo, el 11 de febrero de 1929, declaró el Papa que, hasta el presente, no había en el mundo otra forma de verdadera y propia soberanía que la territorial (*Acta Apost. Sedis*, XXI, 1929, p. 105) y, según el preámbulo del Tratado de Letrán, el territorio de la Ciudad del Vaticano debe ser medio y garantía (es decir, política) de la Santa Sede en el cumplimiento de su cometido. Pero el hecho de que la Iglesia católica, lo mismo que otras muchas Iglesias, haya vivido y florecido sin territorio, además de que la *Città del Vaticano*, también según el Tratado de Letrán, no es propiamente un Estado al lado de la Iglesia, sino que ésta ejerce autoridad, al modo de los grupos políticos medievales, sobre los habitantes del Vaticano (cf. Donati, *La Città del Vaticano nella teoria generale dello Stato*, Padua, 1930, pp. 40 ss.), todo ello prueba claramente que la Iglesia católica, por su

función de Iglesia, no tiene relación esencial alguna con un territorio geográfico determinado.

Al igual que sucede con todas las demás funciones sociales, una clara delimitación conceptual entre el poder eclesiástico y el secular-político no excluye las más estrechas relaciones entre ambos en la realidad social. Sabido es que en todos los círculos culturales los poderes religioso-eclesiástico y las normas sancionadas por ellos han constituido las bases más firmes del poder político. No sólo en las antiguas teocracias orientales, no sólo en la antigüedad grecorromana, que conoció todavía la organización unitaria entre el grupo cultural y el político, sino también en los reinos medievales, con su contraposición del poder eclesiástico y el secular, e incluso en la actualidad, aun allí donde no se trata de la unión del trono y el altar, las promesas de salvación, en este mundo o en el otro, del poder sacerdotal, son siempre un factor de fuerza decisiva para la fundación ideal y material del poder político y también para la lucha contra él. Esta fuerza, legitimadora de la autoridad de los poderes eclesiásticos es, justamente, lo que ha conducido siempre y en todas partes a que el poder político se inmiscuya en la vida eclesiástica. Siempre se ha esforzado el Estado por ganarse el apoyo de la Iglesia, pero ésta siempre ha intentado mantener su legalidad propia y valerse del poder político en su propio servicio.

Últimamente intentan las dictaduras europeas unir de nuevo Estado e Iglesia de modo que, o bien establecen, como en Rusia, una doctrina política a manera de sucedáneo de la religión, o bien, como en las dictaduras fascistas, convierten a las confesiones cristianas en meras funciones de política dictatorial. Con esto, sin embargo, el nacionalismo fascista entra necesariamente en agudo conflicto con el monoteísmo universalista del cristianismo que no deja lugar para los dioses nacionales. La Iglesia puesta al paso de la dictadura queda tan desnaturalizada en su función específica como el Estado se vería sustraído a su función social si se le quisiera subordinar completamente a la legalidad propia de la Iglesia.

La conciencia de la diferenciación objetiva entre la función eclesiástica y la estatal, hoy tan oscurecida, había sido muy clara y viva tanto en la Antigüedad como en la Edad Media, y sobre todo en ésta. No entraña una objeción a esta tesis la existencia de la llamada teocracia. Sin duda, el poder secular, especialmente en las religiones politeístas, puede ser un apéndice del eclesiástico, y viceversa. Pero también entre los hindúes y judíos, y en otras teocracias orientales, y mucho más entre los griegos y romanos, y ya de una manera plena en la Edad Media, se hizo una distinción neta entre la función estatal y la eclesiástica, incluso cuando ambas eran ejercitadas por las mismas personas. "La comunidad estatal no es la Iglesia, en cuanto Estado, ni

la Iglesia es Estado, en cuanto Iglesia" (Rehm, *Staatslehre*, p. 35). Aristóteles, especialmente, hizo también (*Política*, VII [VI], 1322 c 19) una clara distinción entre la ἐπιμέλεια περὶ τοὺς θεούς, la actividad sacerdotal, y la ἐπιμέλεια πολιτική, el cuidado de los asuntos políticos seculares. Es en la segunda mitad del siglo XIX cuando empieza a perderse esta capacidad de diferenciación. Hasta entonces se venía recalcando, incluso por aquellos que postulaban un Estado cristiano, la diferencia entre ambas funciones. Pero después dirá Hermann Schulze (*Einl. i. d. deutsche Staatsrecht*, 1867, p. 121) que el Estado es una unión de hombres para la realización "de todos los fines comunes" y la *Enciclopedia Jurídica* de Merkl (1885, p. 179), que tanto influjo ejerció, considerará al Estado como el soporte de la ordenación "en que se realiza la comunidad de vida del pueblo".

La incapacidad espiritual para distinguir el Estado de la Iglesia ha abierto el camino a la incapacidad para soportar prácticamente la tensión existente entre ambas funciones. En los tiempos en que florecía el liberalismo se había preparado ya el terreno para el Estado totalitario, que amenaza destruir toda cultura espiritualmente diferenciada, por haberse hecho ésta demasiado complicada para el sentido primitivo de la vida de una masa uniformada de modo nacionalista.

b) *El Estado y la economía*

AMMONS: *Legal Foundations of Capitalism*, Nueva York, 1924; BRINKMANN: "Die moderne Staatsordnung und der Kapitalismus", *Grundriss d. Sozialök.*, IV, I, 1925; HEIMANN: *Soziale Theorie des Kapitalismus*, 1929; SULZBACH: *Nationales Gemeinschaftsgefühl und wirtschaftliches Interesse*, 1929; SALZ: *Macht u. Wirtschaftsgesetz*, 1930; RUBINSTEIN: *Herrschaft u. Wirtschaft*, 1930; RITSCHL: *Gemeinwirtschaft u. kapit. Marktwirtschaft*, 1931; HERMENS: *Demokratie u. Kapitalismus*, 1931; BEHRENDT: *Wirtschaft und Politik*, etc.; SCHMOLLER: *Jhrb.*, vol. 57, 1933, pp. 223 ss., 337 ss.

La relación que existe entre la función estatal y la economía es una de las cuestiones sobre las que más se habla en nuestra época. A pesar de que se ha llegado casi a exagerar su importancia, a expensas de otras zonas de vida, hasta hace muy poco tiempo no existía, y ello es significativo, una investigación fundamental sobre tal problema, e incluso se buscará en vano muchas veces, en los tratados científicos de Teoría del Estado de todos los países, el epígrafe correspondiente. La diferenciación entre Estado y economía supone que se trata de dos conexiones de actividad con leyes propias, las cuales, no obstante las relaciones que puedan tener prácticamente entre sí, poseen cada una su específica función de sentido en la vida social. El mismo marxismo es incapaz de plantear de modo cabal el problema porque se ve atado por el dogma de que lo

estatal es tan sólo un medio para la función económica. Las diversas investigaciones, llevadas a cabo casi sin excepción por teóricos de la economía, adolecen del defecto de ser tan claras respecto a la legalidad propia de ésta como oscuras en lo concerniente a la legalidad propia del Estado; de ordinario identifican a éste con lo militar o con la ordenación de derecho privado o, sencillamente, con el "poder".

La distinción entre la función estatal y la economía resulta, evidentemente, imposible asimismo, cuando, según un uso muy extendido pero erróneo del lenguaje, se entiende por economía todo obrar sometido al principio del ahorro, o incluso todo obrar racional para un fin. Ni es tampoco economía la conducta encaminada a lograr el mayor éxito con el menor esfuerzo, pues esto es más bien técnica racional para un fin, común a todas las funciones sociales (Weber, *Economía y Sociedad*, II, pp. 7 ss.). Con esa economía de medios de carácter racional final y según el principio de lo óptimo técnico, el Estado y la Iglesia quedan también sustancialmente "economizados". No vamos ahora a averiguar si es suficiente el caracterizar a la economía como la consecución de bienes que, a juicio del que administra, son reducidos en relación con la necesidad. Sobre lo que, en todo caso, existe general acuerdo, es en que la legalidad propia de lo económico aparece representado, en su forma más pura, por la economía capitalista. Por tal razón, podemos ya limitar nuestro tema a la cuestión de las relaciones entre el Estado y la economía capitalista, y ello lo podemos hacer con tanto mayor fundamento cuanto que la función del Estado aparece por vez primera, de un modo claro, con la sociedad económica capitalista.

La ley fundamental de la economía capitalista se puede condensar en la siguiente fórmula: "posibilidad de una orientación exclusiva, en la satisfacción de las necesidades, en un sentido mercantil y de rentabilidad" (Weber, *Historia económica general*, p. 298). Existe un capitalismo desarrollado allí donde todas las grandes empresas lucrativas que se dedican a la satisfacción de las necesidades cotidianas siguen el principio de la máxima economía elevando la rentabilidad, y para este fin se apoyan en la racionalización capitalista. Pero esta legalidad de la economía poseería una efectividad plena y firme sólo en el caso de que se pudieran desenvolver los procesos de cambio de la sociedad capitalista monetaria de modo completamente libre de toda clase de obstáculos y trabas extraeconómicas, y singularmente si pudiera mantenerse al margen de toda clase de influencias políticas, de limitaciones y regulaciones estatales. La ciencia económica se vale, por esto, para sus fines teóricos, de un artificio que Marx describe en la forma siguiente: "para captar el objeto de la investigación [es decir, la economía capitalista] libre de todas las circunstancias anexas perturbadoras,

hemos de concebir y suponer al mundo entero del comercio como una nación y que el sistema capitalista de producción se ha implantado en todas partes haciéndose dueño de todas las ramas de la industria" (cf. Heller, *Sozialismus u. Nation*, 1931, pp. 56 s.).

Una legalidad económica que, correspondiendo a esta abstracción lógica, actuara como libre juego de las libres fuerzas económicas no ha existido nunca, sin embargo, ni puede existir. Pues ello supondría admitir no sólo que la humanidad entera fuese una sociedad territorial de producción capitalista en todos sus aspectos, y unitariamente organizada, sino además que los hombres sólo pudieran obrar económicamente y orientar su conducta toda según las oportunidades del mercado y la rentabilidad económica.

En los últimos tiempos fue creencia muy extendida entre los marxistas y no menos entre sus opositores, "que el valor económico, a diferencia de otros valores, domina y dirige de hecho el obrar real de los hombres" (Salz, p. 140). Se consideraba a la economía como la verdadera realidad, como la infraestructura sustentadora y motivadora; a todas las demás funciones sociales, y especialmente a la política, se las consideraba como coberturas ideológicas de una situación económica, como realidades de segundo orden que, fundamentalmente, habían de ser interpretadas como epifenómenos de la economía. La frase de Rathenau (*Obras*, I, p. 115): "toda política es política económica, preparación para la lucha", enunciaba una convicción generalmente dominante. No hay duda que esta creencia de que la política es sólo un medio racional-final de la economía ha influido también sobremanera la actuación de los políticos prácticos. La frase aparecida en un diario conservador inglés en 1911: "que después de la derrota de Alemania todos los ingleses serían ricos" (en Rubinstein, p. 374), era la expresión de algo que se tenía por artículo de fe tanto aquí como allá.

Los socialistas, siguiendo a Saint-Simon, habían hecho ya de la disolución de la política en la economía un dogma teórico y un ideal práctico para el futuro (cf. *supra*, pp. 186 s.). Según Saint-Simon, la política debía convertirse en una ciencia de la producción "cuyo objeto es la ordenación más favorable a todas las ramas de la producción... En el estado actual de los conocimientos lo que la nación exige no es ser gobernada sino ser administrada y, además, serlo de la manera que resulte más barata". La idea de que el gobierno de los hombres será sustituído por la administración de las cosas, con lo que desaparecerá el Estado, fue tomada por Engels del saint-simonismo (cf. Gide-Rist, *Historia de las doctrinas económicas*, ed. alem., 1923, pp. 226 ss.). El máximo filósofo del derecho del idealismo, en los tiempos de la anteguerra, creyó, sin embargo, poder superar la concepción materialista de la historia sosteniendo que la economía era la materia y el derecho

la forma (Stammler, *Wirtschaft und Recht nach d. mater. Geschichtsauffassung*, 1921).

Frente a estas inadmisibles concepciones hay que proclamar la relativa autonomía de la función estatal. Es verdad que, en la realidad social, causas económicas producen consecuencias políticas, como también es verdad, a veces, lo contrario. Pero por principio nada tiene que ver la ley del máximo rendimiento con la ley de la cooperación social-territorial. No hay duda de que el Estado tiene también que administrar económicamente. Pero su actividad en este sentido no se basa en el poder económico sino en el poder político. Aquél ha de atenerse al principio del cambio, del *do ut des*, en tanto que el Estado puede y debe obligar a prestaciones unilaterales, mediante sus impuestos, etc. En los presupuestos del Estado se ve que la economía estatal no busca sólo, y en la mayoría de los casos ni siquiera preferentemente, el máximo rendimiento.

Es aún más importante el hecho de que la función política tenga que desviar y frenar, de modo ineludible, las repercusiones de la función económica. La razón de Estado y la razón económica han sido siempre cosas distintas. Todo Estado, incluso el propio Estado capitalista, por virtud de su función necesaria, tiene que utilizar a la economía exclusivamente como un medio para su acción peculiar. Pues, por razones de carácter existencial, todo Estado tiene que restringir de algún modo los procesos de cambio del tráfico económico y limitar o eliminar la libre concurrencia. Aun el Estado que se propusiera renunciar a toda expansión de poder hacia afuera y a toda política social y aduanera, que renunciara a toda reglamentación de cárteles y sindicatos, y que, en fin, incluso suprimiera toda policía sanitaria, de la construcción y otras ramas de la policía administrativa, un tal Estado, sólo posible en el reino de las utopías, se vería obligado no obstante, para poder organizar la cooperación social-territorial, a intervenir, desde un punto de vista extraeconómico, en la economía, regulándola.

La necesidad de una regulación extraeconómica de la economía por el Estado nace de la necesidad de una ordenación estatal de carácter general referida esencialmente a un determinado territorio. La propia administración económica debe ser considerada como algo político (Heimann, p. 60). El mantenimiento de una organización política con legalidad propia aparece justificado porque todos los sujetos económicos tienen que convivir dentro de los límites del mismo espacio, pero el libre tráfico económico, si puede producir, en todo caso, una ordenación del mercado, nunca puede engendrar un ordenamiento jurídico y una seguridad jurídica; y, de otra parte, porque la esfera a que se extiende el establecimiento y garantía del derecho por el Estado, imprescindible también para la economía, aparece determinada geográfico-

políticamente y no económicamente. El hecho de que toda regulación de la economía tenga que ser condicionada por el Estado desde fuera de lo económico se explica por la simple circunstancia de que los sujetos económicos que conviven en el territorio del Estado son precisamente algo más que meros sujetos económicos. El *homo œconomicus*, que obra de modo racional para un fin, es una ficción teóricamente admisible. Pero el hombre real vive vinculado a su situación natural y cultural, a las que puede, sin duda, influir fuertemente la *ratio œconomica*, pero en ningún caso desplazar por completo. El hombre real, ligado voluntaria y efectivamente a su tierra, familia, educación, religión, nación, clase, partido, pero, sobre todo, a su Estado, obra con independencia de consideraciones económicas, e incluso en su contra, por lo menos con tanta frecuencia como motivado por ellas. De este modo viene a organizarse y a activarse en el Estado no sólo una sociedad económica sino una sociedad territorial, con todas sus comunidades y oposiciones de carácter natural o cultural. Pero la función estatal consiste precisamente en acomodar los fines económicos a la situación política total, lo que, naturalmente, sólo puede realizarse desde una posición supraordinada a la economía.

La legalidad propia de la función política se funda, sobre todo, en el hecho de que el ámbito del poder está limitado por el de los Estados vecinos, mientras que el ámbito de las relaciones de tráfico económico es esencialmente ilimitado. Ámbito económico y ámbito estatal no coinciden nunca, y mucho menos en la economía capitalista. En ésta el concepto, absolutamente político, de la economía nacional, en el sentido de una unidad económica, no hay duda que es, asimismo, una mera ficción. Pero, como base económica del poder político, el círculo económico delimitado por el Estado tiene una gran importancia. Esto explica que todo Estado se esfuerce por lograr una coincidencia mayor o menor entre el ámbito económico de su población y el territorio estatal. El imperialismo de la preguerra quería alcanzar este objetivo mediante la expansión de la esfera del poder político, y el proteccionismo y autarquismo de los tiempos de la posguerra mediante la reducción del ámbito económico (cf. Behrendt, pp. 349 ss.).

Es error de graves consecuencias teóricas y prácticas el de muchos socialistas que esperan llegar a una economía colectiva mediante el desplazamiento de la función política por la económica, en lugar de tender, al contrario, hacia una gradual reducción o eliminación de la pura legalidad económica por el poder político. Una economía colectiva, en la actualidad, sólo se puede planear y realizar desde un campo situado fuera de lo económico y únicamente mediante la organización y actuación de la cooperación social en el territorio. En una tal economía habría que procurar una coincidencia relativa entre el territorio

del Estado y la esfera económica por lo menos en la forma de un monopolio del comercio exterior. De este modo, sería economía colectiva sólo en cuanto fuera economía políticamente dirigida. Ello nos suministraría, cabalmente, la más clara prueba de la relativa autonomía de la función política respecto a la economía. La objeción, frecuentemente formulada por sus opositores, de que la mecánica económica de una economía colectiva socialista sería regida en un sentido no económico, es decir, no exclusivamente según oportunidades de mercado y puntos de vista de rendimiento, es objeción en general aplicable, incluso, naturalmente, a la economía capitalista.

2. La justificación del estado

Función del Estado y función jurídica

Krabbe: *Die moderne Staatsidee*, ed. alem., 1919; Scheler: *Der Formalismus i. d. Ethik*, etc., 1921; Nelson: *System der philosophischen Rechtslehre u. Politik*, 1924; E. Huber: *Recht und Rechtsverwirklichung*, 1925; Wackernagel: *Die geistigen Grundlagen des mittelalterl. Rechts*, 1929; Sauter: *Die philos. Grundlagen des Naturrechts*, 1932; Schmitt: *Legalität und Legitimität*, 1932.

Desde que el positivismo y el historicismo dominan en la Teoría del Estado es corriente resolver la cuestión del valor del Estado refiriéndose a su sentido comprensible o "fin". Esta confusión entre el sentido y el valor de un fenómeno cultural es uno de los más funestos errores del pensamiento contemporáneo. La función de sentido del Estado, como la de todo fenómeno histórico, siempre está, ciertamente, referida a valores. Pero esta relación puede ser positiva o negativa. Cualquier banda de ladrones u organización de asesinos tiene también un sentido comprensible. La cuestión de la consagración o justificación del Estado no puede, pues, resolverse con la simple consideración de su función comprensible.

Pero ¿tiene lugar adecuado en una Teoría del Estado (cuyo objeto es, tan sólo, según expresamente se declara, la realidad del Estado) el problema de su justificación? Una metodología que conteste negativamente es que desconoce la especial naturaleza de la realidad estatal en cuanto ésta es, únicamente, efectividad humana. Esa realidad existe sólo como un plebiscito de *tous les jours*. Ciertamente que en el seno del pueblo del Estado hay siempre una reducida minoría para la que el ser y modo de ser del Estado desembocan constantemente en una decisión de deber ser, minoría que participa, pues, con actividad consciente, en la conservación y formación del Estado. Pero la gran masa, en cuanto es impulsada a un obrar concorde con lo estatal por

algo más que la dominación y las necesidades elementales, concibe la realidad normal o eficaz como un deber ser; para esa masa la normatividad o, más exactamente, la habitualidad apenas consciente de lo fáctico, significa una base de justificación suficiente del Estado.

Para la minoría influyente, sin embargo, y con ella, la cuestión de la justificación jurídica se convierte en la cuestión de la existencia del Estado. En cuanto se pierde la fe en la legitimidad de la existencia del Estado concreto o del Estado como institución, puede estimarse que ha llegado su fin, ya sea para el pueblo del Estado, ya para el correspondiente círculo de cultura, ya incluso para toda la humanidad. En este sentido el Estado vive de su justificación. El problema de la consagración del Estado hay que plantearlo de nuevo, con carácter de necesidad psicológica, para cada generación. Por este motivo, cabalmente, no puede pasarlo por alto una Teoría del Estado que tenga carácter científico-real.

No constituye el único objetivo del problema de la justificación del Estado, como se dice corrientemente, la cuestión de por qué hay que soportar la coacción estatal sino, en primer lugar, la de por qué hay que ofrecer al Estado los máximos sacrificios personales y patrimoniales: pues el Estado nace y se mantiene, en primer término, por este sacrificio espontáneo y, sólo en segundo lugar, por la coacción soportada pasivamente.

Todo poder estatal, por necesidad existencial, tiene que aspirar a ser poder jurídico; pero esto significa no solamente actuar como poder en sentido técnico-jurídico (cf. *supra*, p. 212), sino valer como autoridad legítima que obliga moralmente a la voluntad. La legitimidad moral de su pretensión de máximo sacrificio y poder coactivo no puede ser fundamentada con la mera remisión al carácter necesario de su función social, o sea, la organización y actuación de la cooperación social-territorial. Pues esta función social podrá, en todo caso, hacer comprensible y explicar por qué existe el Estado como institución, pero nunca justificar por qué la institución estatal o un Estado concreto debe existir. Toda explicación se refiere al pasado, toda justificación al futuro. Afirman muchos teóricos, para probar que el Estado responde a una necesidad humana general, que el Estado ha existido siempre y algunos llegan a decir que es más antiguo que el género humano. Tal afirmación es, evidentemente, falsa, pero aunque fuera cierta no podría demostrar que existirá el Estado en el futuro y, mucho menos, convencer a un anarquista o a un marxista de que debe existir. Así Engels acepta expresamente que el Estado es una necesidad histórico-social en la sociedad dividida en clases pero, a la vez, combate la legitimidad de este "instrumento de explotación".

Las pretensiones realmente extraordinarias del Estado no se justi-

fican por el hecho de que éste asegure "cualquier" ordenación social-territorial, sino, tan sólo, en cuanto aspire a una ordenación justa. La consagración del Estado únicamente se hace posible relacionando la función estatal con la función jurídica.

Así como el Estado sólo se puede explicar por la totalidad de nuestro ser social, del mismo modo sólo se le puede justificar por la totalidad de un ser aceptado por nuestra conciencia moral. La justificación únicamente puede ser moral, no sólo cuando se aplican al Estado criterios humanos de justicia, sino también en los casos en que su consagración aparece basada en la voluntad divina. Pues solamente cuando se distingue, en la totalidad del ser y sobre la base de un juicio moral, entre lo jurídico y lo antijurídico, puede hablarse de la justificación de una parte de esta totalidad. La frase bíblica: "non est enim potestas nisi a Deo" (*Ro.*, XIII, 1), al referir todo poder a Dios, fundamento primario, sobre todo valor, de las cosas que existen, lo justifica todo y por eso cabalmente no justifica nada. A tal concepción se opondrá siempre la malintencionada pregunta de Rousseau de si, dado que toda enfermedad como todo poder proviene de Dios, debe estar prohibido el llamar al médico (*Contr. soc.*, I, 3).

Si no se hace la separación entre lo jurídico y lo antijurídico, no es posible una justificación del Estado. Para llevar a cabo esa separación se precisa, como base, de un criterio jurídico que hay que admitir que está por encima del Estado y de su derecho positivo. Al derecho, como valor suprapositivo de distribución y medida, le incumbe la función de ordenar rectamente la vida social, es decir, atribuir a todos sus miembros lo que, con referencia a un todo, les corresponde en facultades y obligaciones, establecer entre ellos una justa relación. Si, de acuerdo con el Derecho Romano, se hace consistir la ley jurídica formal en un *suum cuique tribuere,* se comprende inmediatamente que no puede existir una justicia individualista y una justicia colectivista. El derecho justo no puede ser determinado ni partiendo del miembro que se afirma como exclusivamente valioso ni adoptando como únicamente valioso el punto de partida de un todo supraindividual. La ley jurídica, que obliga a nuestra conciencia jurídica, ordena la parte en el todo y el todo por las partes.

En los tiempos primitivos la conciencia jurídica no se extiende más allá de la propia comunidad que aparece sancionada por la divinidad del grupo. Todas las facultades y obligaciones se determinan entonces por la justa relación del miembro reconocido como valioso con el grupo. El ámbito del grupo y el ámbito jurídico coinciden en lo esencial. La conciencia jurídica concede sólo a los miembros la misma pretensión, acaso no la igualdad de los derechos pero sí la igualdad del derecho, es decir, la misma pretensión a un orden justo. Con el tránsito del xeno-

teísmo del dios nacional del grupo al monoteísmo universal se transforma también la conciencia jurídica. Primitivamente todo grupo tiene su dios, que debe sostenerle para vencer a los otros grupos y dioses y conseguir así el poder y el derecho a la dominación sobre ellos. Del mismo modo que entre los judíos la idea de Dios y del derecho se refería en un principio tan sólo al propio pueblo, así también el griego se representaba, primitivamente, la ley jurídica suprapersonal sólo en la imagen de la *polis* sancionada por la religión. Por el contrario, en el *corpus cristianum* de la Edad Media se adscribe a cada alma humana su lugar adecuado dentro de la misma sumisión filial a Dios, sobre la base de la *lex æterna* revelada según un orden querido por Dios; tratábase de una universalidad cósmica que abarcaba tanto a esta vida como a la otra en un orden unitario. Este tan amplio sentimiento jurídico del hombre occidental se seculariza en la Edad Moderna; el Derecho Natural cristiano se laiciza, pero ni el Derecho Natural dogmático ni el racional renuncian a la pretensión de validez universal. La misma doctrina del Estado de Fichte en 1813, cuando pretende concebir a la cristiandad como el evangelio de la libertad y de la igualdad, tanto en sentido metafísico como civil, no encuentra otra justificación para el ansiado reino de los alemanes, pues entiende a éste como "un verdadero reino del derecho" como nunca ha existido en el mundo, es decir, "para la libertad fundada en la igualdad de todo lo que tiene rostro humano" (*Obras*, IV, pp. 523, 423). Durante dos mil años se justificó, si no el Estado, al menos el poder político, por la necesidad de asegurar el Derecho Natural suprapositivo.

La exigencia de una consagración del Estado por un principio humano general y, en consecuencia, por una idea jurídica universal, comienza a desvanecerse en el siglo XIX. Es verdad que ya Blackstone, por ejemplo, había dicho: "The king is not only incapable of doing wrong, but even of thinking wrong" (cf. Laski, *The Foundation of Sovereignty*, 1931, pp. 103 *ss.*). Pero fueron el romanticismo, Hegel y el historicismo quienes prepararon definitivamente el camino a aquella concepción positivista que sostiene que el pueblo y el espíritu del pueblo son la única fuente del derecho y que no están limitados por norma alguna; y como el espíritu del pueblo no existe de modo tangible, en la realidad ha de ser representado siempre por el legislador que, como tal, no puede nunca caer en lo antijurídico. Esto significa, prácticamente, que todo aquel que logre hacerse dueño del poder en el Estado, por el hecho de haberlo conseguido encuentra ya moralmente justificado su derecho a representar al pueblo y a darle leyes sin sumisión a ninguna clase de principios jurídicos. La reducción del derecho al espíritu del pueblo democrático-nacional hubo de acarrear como consecuencia una restricción de la ley jurídica universal. De hecho vemos

ya en 1801 a Hegel burlarse de los filántropos, amigos del derecho y de la moralidad, y considerar disparatado "oponer la utilidad del Estado al derecho". Idealizando a la Antigüedad, propugna una contracción de la conciencia universal; lo moral consiste en "vivir conforme a las costumbres de su país" (cf. Heller, *Hegel*, etc., 1921, pp. 45, 77 ss.). Al hacer del Estado "la realidad de la idea moral", puede muy bien pretender que su poder y el derecho que de él emane han de prevalecer sobre todas las convicciones morales del individuo. Un epígono de Hegel se atreve, finalmente, a hablar, en términos precisos, de una armonía preestablecida entre derecho y poder señalando, según eso, a la guerra victoriosa como ideal social (E. Kaufmann, *Wesen d. Volkerrechts*, etc., 1911, pp. 135, 146 ss.). Y otro contemporáneo opina que, con la definitiva emancipación de toda legitimación que trascienda de la esfera política, el Estado moderno se ha convertido en el moderno "Estado de Derecho" (Smend, *Verfassung*, etc., p. 102).

De esta suerte la época que siguió a la quiebra del Derecho Natural se caracterizó por una incapacidad de principio para comprender la cuestión de la justificación del Estado y, con mayor motivo, para contestarla satisfactoriamente. El problema del fundamento moral de la validez del Estado aparece casi siempre confundido con la cuestión del fundamento sociológico de la validez del poder estatal en cuanto, para justificar al Estado, se remiten a su reconocimiento por el pueblo democrático o al espíritu del pueblo y a las ideologías de legimitación dominantes (cf. Wolff, *Organschaft u. Jur. Person*, I, 1933, páginas 1379 *ss.*). Pues en cada pueblo existen diversas ideologías de esa clase que legitiman el poder actual o futuro. A falta de un criterio objetivo de justicia, la doctrina dominante tiene, por eso, que reconocer necesariamente el derecho del más fuerte, el cual sólo porque posee el poder tiene derecho a imponer su ideología de legitimación independientemente de todos los principios jurídicos divinos y humanos.

No hay duda que la doctrina del derecho del más fuerte pretende ser una justificación moral del Estado al sentar la afirmación de que, según un plan metafísico del mundo —aunque no ciertamente cristiano— resulta garantizado que sólo el que goce de supremacía moral puede imponerse también en lo político. Esta tan infantil creencia de que el existente es el mejor de los mundos, carente, a todas luces, de sostén histórico, no encierra otro sentido que el de una capitulación sin reservas de nuestra conciencia jurídica ante el éxito político momentáneo. Como tal creencia está reñida con la historia real, se la completa de ordinario con un historicismo cuya característica es la confusión radical entre acción política y valor moral, entre validez ideal y validez política. Al demostrar que, históricamente, ha prevalecido siempre el derecho del más fuerte, se cree haber demostrado también que siempre

debe ser así. Para ser consecuentes no debieran ceñirse al breve espacio de tiempo que se llama corrientemente historia, sino que debieran referirse también a la prehistoria y proponer como modelo moral al hombre de Neanderthal, cuando no a sus predecesores. Olvídase que sólo existe una historia específica del hombre o de la cultura debido a que el hombre es esencialmente "utópico", es decir, porque es capaz de contraponer al ser un deber ser y valorar el poder actual según una idea del derecho.

Es evidente que, para la cuestión de la justificación del Estado, nada se consigue con oponer a la realidad social, desde un punto de vista meramente técnico-jurídico, un deber ser jurídico-positivo, es decir, establecido por el poder concreto. Así, la norma fundamental kelseniana, que lleva en sí "potencialmente todas las posibles variaciones de su contenido normativo", nos remite al arbitrio del legislador real, libre de todo vínculo jurídico-moral, y llega, de esta suerte también, en último término, a la identificación de derecho y fuerza y a la afirmación de que todo Estado es Estado de Derecho (cf. Heller, *Souveränität*, pp. 93 s.). La conformidad de un acto estatal con la ley y de ésta con la constitución jurídico-positiva o con la constitución hipotética "lógico-normativa", sólo puede constituir la base de una legalidad, nunca de una legitimidad justificadora. La afirmación de que la forma de legitimidad más corriente en la actualidad sea la creencia en la legalidad, la sumisión a "preceptos... estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos" (M. Weber, *Economía y Sociedad*, I, p. 36), es, sencillamente, inexacta, aunque puede ser también la involuntaria constatación de una degeneración de la conciencia jurídica. Sólo en el Estado de Derecho con división de poderes existe una conexión entre legalidad y legitimidad, y esa conexión es tanto una conexión material como formal y de técnica de organización. En la lucha contra la arbitrariedad absolutista se creyó poder asegurar la legitimidad por la legalidad, en tal manera, que el pueblo venía a dictar leyes por sí mismo y el resto de la actividad estatal debía someterse a estas leyes. Únicamente pudiera admitirse la existencia de una garantía de juridicidad de las leyes dictadas por el legislativo popular si se estimara que la legislación democrática fuese un acto de la razón determinándose moralmente a sí misma. Pero la división de poderes, de carácter organizatorio, tiene sólo como fin el garantizar la seguridad jurídica y es, por ello, un medio técnico, simplemente, que nada dice respecto a la justicia del derecho (cf. Heller, *Veröff. d. Verein. d. d. Staatsrechtslehrer*, nº 4, pp. 103 ss.). Nadie cree hoy que todas las disposiciones del legislativo popular, en virtud de una especie de predestinación metafísica, sean derecho justo. Por este motivo, la legalidad del Estado de Derecho no puede sustituir a la legitimidad.

La teoría del Estado se encuentra, así, ante el hecho de que ni la armonización de derecho y fuerza, ni la legalidad, ni tampoco una ideología democrática, nacionalista, o bolchevique que pretenda, como tal, legitimar el Estado, pueden darle una consagración de valor general. Todo ejercicio de poder político afirma de sí mismo, sin embargo, que está para servir a la justicia. Tal pretensión no la formula. sólo el Estado de Derecho, como sostiene un propagandista de la dictadura. No hay forma alguna de Estado o de gobierno en la cual un mandato signifique, ya en sí, un "valor jurídico" positivo, y la frase "lo mejor en el mundo es un mandato" (cf. Schmitt, *ob. cit.*, pp. 13 ss.) podrá entusiasmar a los estetas del poder fatigados de la cultura, pero es absolutamente falsa para cualquier especie de poder político. Pues el poder, como es sabido, consiste sólo en mandatos que se obedecen, y la obediencia, siempre y en todas las formas de dominación, depende esencialmente de la creencia en que el mandato está justificado.

¿Ha de contentarse la Teoría del Estado, ante esta situación de hecho, con un agnosticismo relativista? ¿No le quedará más recurso que reconocer que todo poder, por el hecho de serlo, sirve a la justicia de modo permanente, o podrá descubrir principios de justificación del Estado con validez universal?

No es difícil razonar una respuesta afirmativa, en tanto se trate de la justificación del Estado como institución: el Estado está justificado en cuanto representa la organización necesaria para asegurar el derecho en una determinada etapa de su evolución. Al hablar aquí de derechos nos referimos, en primer término, a los principios morales del derecho que constituyen la base de las normas jurídicas positivas. Es inmanente a todos estos principios, cuya validez ideal ha de ser supuesta, la exigencia de una validez social. Tan sólo como algo que es a la vez ser y deber ser tiene, en general, un sentido el deber ser de tales principios del derecho; no se contentan con poseer una validez de carácter ideal, absoluto, sino que aspiran a operar también como preceptos jurídicos positivos hasta donde sea posible. Para ello es preciso que los principios generales del derecho, tal como se contienen por ejemplo en el Decálogo, sean establecidos, aplicados y ejecutados por un poder autoritario como preceptos jurídicos positivos. El precepto jurídico recibe toda su fuerza moral obligatoria exclusivamente del principio ético del derecho, supraordinario. Este principio del derecho, sin embargo, se distingue del precepto jurídico por su carencia de seguridad jurídica o certeza jurídica, que consiste, de una parte, en la certidumbre de su sentido, en la determinación del contenido de la norma y, de otra parte, en la certeza de su ejecución (cf. Heller, *Souveränität*, pp. 48 ss.). Los principios del derecho proporcionan sólo las directrices generales sobre cuya base debe establecerse el *status* jurídico

entre los miembros de la comunidad jurídica; nos suministran una decisión para el caso concreto. Fáltales para ello el carácter de determinación taxativa, o sea que se precisa siempre de una decisión sobre lo que, en una situación de intereses determinada espacial, temporal y personalmente, debe ser derecho según aquellos principios. Sobre la base de idénticos principios jurídicos cabe que sean posibles (y a veces incluso tienen que serlo) decisiones jurídicas diversas, lo mismo ordenaciones jurídicas, constituciones que leyes, sentencias y actos administrativos. Pero tanto la certidumbre de sentido como la certidumbre de ejecución requieren la existencia de un poder autoritario que declare y ejecute lo que en cada situación concreta debe ser derecho. La mera convicción jurídica no basta ni para lo uno ni para lo otro.

En los tiempos primitivos, en que sólo había una división de trabajo y un tráfico reducidos, bastaba una pequeña cantidad de certidumbre jurídica racionalmente formulada, tanto de sentido como de ejecución, para establecer el *status* jurídico necesario. Para el individuo ligado por las tradiciones firmes e indiferenciadas de un círculo jurídico de fácil control, bastaban todavía los principios generales del derecho apenas diferenciados de la moral y de las costumbres. Sin embargo, cuando, en un caso concreto, se impugnaba la justicia de las limitaciones impuestas a la voluntad, se hacía necesario, en la misma comunidad primitiva, una instancia de decisión para realizar la certeza de sentido del derecho. Y para la certidumbre de ejecución del mismo es siempre y en todas partes necesario el ejercicio de poder por medio de hombres, aun cuando las primitivas comunidades dejan gran parte de la ejecución a la acción privada.

La institución estatal se justifica, pues, por el hecho de que en una determinada etapa de la división del trabajo y del intercambio social la certidumbre de sentido y de ejecución del derecho hacen preciso al Estado. Del mismo modo que el aumento del tráfico urbano hasta un cierto grado reclama una regulación del mismo, e incluso órganos especiales de policía de tráfico, así también el desarrollo de la civilización hace precisa una organización estatal cada vez más diferenciada para el establecimiento, aplicación y ejecución del derecho.

La institución del Estado aparece, de esta suerte, justificada por el hecho de ser una organización de seguridad jurídica, y sólo por ello. Pero no hay que interpretar erróneamente esta afirmación dándole un sentido liberal o entendiéndola según una acepción técnica. No se trata de restringir la actividad del Estado a la legislación y a la organización judicial, ni que la seguridad jurídica consista exclusivamente en una actividad de policía. Cuando se declara que el Estado sólo puede ser consagrado por su calidad de organización para la seguridad jurídica, quiérese decir que sólo puede justificarse en cuanto sirva a la

aplicación y ejecución de los principios morales del derecho. Nada tiene que ver tampoco esta seguridad jurídica del Estado con la distinción positivista de un fin de derecho y un fin de cultura. Son, cabalmente, ciertos principios morales del derecho los que, en determinadas circunstancias, reclaman del Estado actividades culturales de tipo económico, educativo o de otra índole. Es evidente que nuestro concepto de la seguridad jurídica resulta mucho más amplio que el usual. No es tan sólo la exigencia de una certidumbre de ejecución, asegurada por la coacción organizada estatalmente, sino además, y antes de ella, tanto histórica como conceptualmente, la certidumbre de sentido del derecho es lo que reclama la organización del Estado por vías de derecho.

Los principios éticos del derecho no sancionan de modo inmediato más que las normas de conducta y no las normas de competencia. Las ideologías legitimadoras socialmente válidas en una comunidad jurídica son las que deciden qué autoridad está llamada a establecer, aplicar y ejecutar los preceptos jurídicos positivos. Esta autoridad habrá de estar autorizada y dotada de poder para llevar a cabo el aseguramiento del derecho. Ha de tener el poder de declarar, aplicar y, en lo posible, también de ejecutar el derecho, y únicamente tendrá este poder si, por lo menos, los grupos que ejercen influencia decisiva están convencidos de que esa autoridad se halla dispuesta a asegurar el derecho. Pero esta legimitación social de la autoridad que asegura el derecho no debe ser confundida con la justificación ideal del Estado por los principios éticos del derecho. Sólo mediante un juicio sobre la justicia del derecho que se asegura puede determinarse si, por acaso, la autoridad socialmente legitimada se reduce a servir a la seguridad jurídica normal y mantiene una ordenación injusta por la ordenación misma. La seguridad jurídica y la juridicidad pueden entrar en conflicto, y es cabalmente esta relación polémica la que plantea la problemática sustancial de la justificación del Estado concreto.

La Teoría del Estado tiene que dejar a la Filosofía del Derecho la cuestión de si los principios éticos del derecho se pueden referir únicamente a un sentimiento jurídico inmediato o si pueden derivarse, con certidumbre objetiva, de una ley jurídica o suprema que quepa formular racionalmente; y asimismo le dejará los difíciles problemas de si existen, y en qué sentido, principios jurídicos apriorísticos, qué principios jurídicos tienen validez general y cuáles dependen del círculo de cultura correspondiente. En una Teoría del Estado que tenga carácter de ciencia de la realidad hay que dar por admitido, sin embargo, que existen tales principios éticos del derecho que forman la base de justificación del Estado y del derecho positivo. Diferéncianse claramente esos principios de las ideologías sociales de legitimación, siempre muy numerosas, por su pretensión de validez general para todos los miembros del

Estado; y esta pretensión de validez, además, si no es absolutamente universal, no obstante, siempre aspira a extenderse fuera del Estado. Hobbes —quien como se sabe sacrificó la juridicidad en aras de la seguridad jurídica—, expresa con las significativas frases siguientes la relación entre precepto jurídico y principio jurídico: "Furtum, homicidium, adulterium atque iniuriæ omnes legibus naturæ prohibentur; ceterum quid in cive furtum, quid adulterium, quid denique iniuria appellandum sit, id non naturali, sed civili lege determinandum est" (*De Cive*, 6, 16).

Cada Estado puede dotar de esa determinación y de la certidumbre de ejecución correspondiente a los principios éticos del derecho únicamente para su ámbito de acción. Es aún más difícil que coincidan territorio del Estado y esfera jurídica que territorio del Estado y esfera económica. Pues esos principios jurídicos constituyen el fundamento normativo no sólo del derecho estatal sino también del derecho interestatal. De acuerdo con el art. 38, ap. 3 de los estatutos del Tribunal Internacional de La Haya, este organismo debe aplicar —además del Derecho Internacional consuetudinario y contractual— "les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées". Estos principios jurídicos no vienen a estar "al lado" del derecho contractual y del consuetudinario, sino que constituyen el fundamento normativo de todas las formas jurídicas nacionales e internacionales y, en el caso referido, reciben la certidumbre de su sentido en virtud del pronunciamiento del Tribunal, quien crea así preceptos jurídicos positivos (cf. Heller, *Souveränität*, pp. 137 ss.). El Derecho Internacional es, en relación con una parte del Derecho Nacional, un derecho técnicamente imperfecto tan sólo porque su certidumbre de sentido en muchos casos, y su certidumbre de ejecución, siempre y necesariamente, son problemáticas. Es en el Estado moderno donde alcanza el más alto grado de seguridad jurídica el *status* social del derecho, tanto en relación con la certidumbre de sentido como con la de ejecución, porque la organización jerárquica de aquél dispone de un cuerpo extraordinariamente diferenciado desde el punto de vista técnico, integrado por órganos dedicados al establecimiento, aplicación y ejecución del derecho positivo. Para garantizar tan alto grado de seguridad jurídica es supuesto necesario la soberanía del Estado. Su cualidad de unidad suprema de decisión y acción es lo que le permite asegurar la unidad del derecho y de la ejecución así como mantener, con carácter unitario y perfectamente organizadas, vías de derecho y de reclamación. La eficacia de este sistema de control jurídico está condicionada por el monopolio estatal de la coacción física legal, es decir, por la inadmisibilidad de un derecho legal de resistencia contra las disposiciones del poder del Estado (cf. Wolzendorff, *Staatsrecht u. Naturrecht i. d. Lehre vom Wider-*

standsrecht, etc., 1916). Gracias a haber eliminado el Estado toda especie de acción privada —salvo el exiguo resto representado por los incaptables casos de necesidad— pudo afirmar la seguridad jurídica con la amplitud que tiene actualmente (cf. *supra,* pp. 150-55).

Las instituciones organizatorias del Estado, por perfectas que se las imagine, sólo podrán garantizar la observancia de las formas jurídicas y la seguridad jurídica, pero en ningún caso la juridicidad: la legalidad pero no la legitimidad ética de los actos del Estado. Quien únicamente puede asegurar siempre la justicia es la conciencia jurídica individual. Pero, con esto, surge en el Estado moderno un conflicto necesario e insoluble entre juridicidad y seguridad jurídica. Este conflicto tiene carácter necesario porque en un pueblo vivo no puede reinar nunca pleno acuerdo sobre el contenido y la aplicación de los principios jurídicos vigentes. Y es insoluble porque tanto el Estado como el individuo se ven forzados a vivir en medio de esa relación de tensión entre derecho positivo y conciencia jurídica.

La razón de Estado tiene "derecho" a afirmar —aunque sólo con referencia al Estado moderno— que la legalización de un derecho de resistencia contra una orden estatal que se estima éticamente reprobable no significaría otra cosa sino la legalización, en sí llena de contradicciones, de la anarquía. Y el abandono de toda seguridad jurídica conduciría al aniquilamiento tanto del individuo como del Estado.

Pero más "derecho" aún tiene la razón de derecho a sostener que una capitulación sin resistencia de la conciencia jurídica ante el poder estatal ha de conducir fatalmente al aniquilamiento del hombre como personalidad moral y, consiguientemente y a la postre, también a la destrucción de aquellas energías que posee para la formación del Estado (Laski, *Grammar,* p. 96).

Cuestión de enorme alcance es la de las consecuencias que deben deducirse en caso de una colisión entre los deberes impuestos por principios éticos del derecho y por preceptos jurídicos positivos. Kant ya había dado carácter absoluto a la validez del derecho positivo y negado todo derecho de resistencia, no obstante hallarse esto en oposición con los supuestos jurídicos racionales de su propia doctrina (cf. Hänsel, *Kants Lehre vom Widerstandsrecht,* 1926, pp. 58 *ss.*). Desde entonces el positivismo de la Teoría del Estado del continente europeo rechaza toda clase de derecho de resistencia, sacrificando por completo la juridicidad a la seguridad jurídica. Creíase abrir las puertas a la anarquía si se viniera a admitir un derecho de resistencia aunque fuese meramente ético. Y este axioma se estima cada vez más evidente y menos precisado de demostración desde que, a mediados del siglo XIX, se inicia el viraje hacia el Estado totalitario.

Una bien entendida razón de Estado, no requiere, sin embargo, en

modo alguno la capitulación de la conciencia jurídica, y la admisión de un derecho de resistencia de carácter ético no nos lleva tampoco a la anarquía. Hay que dejar bien sentado que no se trata de tal o cual cuestión de legalidad, sino exclusivamente del problema de la justificación ética del Estado. No cabe discutir que en el Estado moderno es imposible reconocer un derecho legal de resistencia, del mismo modo que no debe admitirse la resistencia contra actos del Estado irregulares desde el punto de vista de la legalidad, pero moralmente indiferentes. En muchos casos, sin duda, constituye una exigencia necesaria de la seguridad jurídica que sean imputados al Estado ciertos actos que no responden a las condiciones de forma y contenido establecidas por la ordenación jurídica para su imputación. Por regla general trátase, en estos casos, de la infracción de prescripciones de formas y de normas de competencia; pero tales preceptos son casi sin excepción moralmente indiferentes y solamente la doctrina pura del derecho, que a todo derecho positivo sin distinción atribuye la cualidad de norma absoluta, puede introducir en la doctrina positivista de la fuerza del derecho un *pathos* que jamás pertenece a la seguridad jurídica, sino exclusivamente a la juridicidad (cf. Heller, *Souveränität*, pp. 100 *s.*, 107 *ss.*). La exigencia de seguridad jurídica justifica plenamente el que los actos estatales entrañen la presunción de la legalidad que remedia los vicios de la validez jurídico-positiva. Si se dejara al parecer del hombre de la calle, en cada caso concreto, hacer depender su obediencia de su apreciación personal respecto a si el órgano estatal había obrado de acuerdo con todas las normas de competencia y formalidades jurídicas de lugar, tiempo y objeto, se llegaría fatalmente a la disolución del orden jurídico. En el Estado de Derecho resulta, además, en gran parte superfluo el derecho de resistencia contra actos del Estado legalmente irregulares, porque el súbdito o subordinado a quien afectan puede, en general, protegerse contra ellos valiéndose de medios jurídicos. Y a veces sucede también que, para proteger un interés jurídico más elevado, el Estado da validez jurídica a actos ilegales.

Pero esta cuestión del derecho de resistencia presenta otro cariz cuando se trata de un acto estatal moralmente condenable, pues en este caso carece de importancia si una norma semejante es o no legalmente correcta. Citamos un ejemplo bien palmario. Al que se niega conscientemente a prestar el servicio militar se le castiga con las penas más graves. La razón de Estado y el derecho positivo tienen que considerar inconcuso tal precepto por razones de seguridad jurídica. Pero no merece el nombre de conciencia jurídica la que no vea ante todo, en este caso, un trágico conflicto de deberes y, en segundo término, no reconozca al que se niega al servicio militar el derecho moral a la resistencia. Hay, sin duda, muchos que llaman incluso heroica a una tal

concepción del Estado y del derecho, cuando lo cierto es cabalmente lo contrario. La realmente heroica es la concepción que no resuelve unilateralmente tal conflicto de deberes, antes bien afirma la trágica imposibilidad de solucionarlo y, con ello, el derecho moral de resistencia. Es trágico que toda realización jurídica depende del demonio del poder; pero es condenable la tendencia, hoy generalizada, a hacer moral lo demoniaco. El reconocimiento de un derecho moral de resistencia no implica, en modo alguno, que vaya a eliminarse de la eterna lucha de la conciencia jurídica contra el derecho positivo ese carácter trágico; no debe convertirla en un tema sentimental. Por eso, el derecho moral de resistencia no ha de constituir un fundamento para la exención de pena o responsabilidad.

Bueno y justo es que el poder del Estado se sienta requerido por la resistencia moral. Y es lo más opuesto a una justificación moral del Estado el convertir a éste, de un modo metafísico y de una vez para siempre, en la "realidad de la idea moral", negando rotundamente, de esta manera, al único depositario de la conciencia jurídica que en la realidad existe, el derecho de resistencia contra actos estatales opuestos a la moral. Se conjura, sin motivo en este caso, al espectro de la anarquía. La resistencia no legalizada de la conciencia jurídica sólo es posible, en último término —habida cuenta del desarrollo extraordinario de la técnica jurídica y de poder del Estado moderno—, arriesgando la vida. Tal como son los hombres, ese riesgo se corre muy raramente. Pero cuando tal sucede, constituye un ejemplo tanto más valioso cuanto que aquella técnica de poder y de masas del Estado actual lleva consigo el temible peligro de un decidido debilitamiento de la conciencia jurídica. Los que rigen el Estado en cada momento tienen siempre interés en justificar a éste como la expresión objetiva de la razón moral. "Si se considerara a las instituciones sociales como razón objetiva quedaría anulada la función de la razón en la sociedad humana" (Hobhouse, *The Metaphysical Idea of the State*, ed. alem., 1924, p. 91). Jamás podrá consistir la justificación del Estado en armonizar, a toda costa, el derecho con la fuerza. Pues todo poder estatal debe su conservación y formación a la voluntad humana, demasiado humana. De aquí que actúen en aquél tanto las fuerzas morales más elevadas como una imponente masa de estupidez y maldad, de infamia y arbitrariedad.

3. El estado como unidad organizada de decisión y acción

Von der Pfordten: *Die Organisation, Wesen und politische Bedeutung*, 1917; Burckhardt: *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 1927; O. Spann: "Organisation", en *Hdwb. d. SiW.*, VI, pp. 766 ss.; Kestner: *Organisationszwang*, 1912; Hilferding: "Organisationsmacht und Staatsgewalt", *Neue*

Zeit, vol 32, II, pp. 140 *ss.*; PLENGE: *Drei Vorlesungen über Organisationslehre*, 1919.

Hasta aquí hubimos de suponer al Estado como una unidad que actúa en la realidad social; cúmplenos ahora demostrar su existencia real. La doctrina dominante la niega, afirmando que el Estado es una mera abstracción o ficción, lo que le hace incurrir en numerosas contradicciones. Pero la teoría que pretende ver en el Estado un organismo real tampoco puede fundamentar científicamente su unidad.

La gran mayoría de las actuales teorías del Estado, llevadas de un individualismo alejado de la realidad y de un concepto naturalista de éste, han llegado a la conclusión de que el Estado, prescindiendo de sus órganos, no tiene realidad alguna y que su unidad es, sencillamente, una mera abstracción impuesta por la economía conceptual o bien una ficción abreviadora (cf. Heller, *Souveränität*, pp. 59 *ss.*). Por virtud de la antidialéctica antítesis sujeto-objeto y a la luz de esta concepción científica objetivizadora, tiene que aparecer irreal y como una mera sucesión de situaciones no sólo la unidad del Estado, sino también la del individuo humano, sucesión de situaciones que sólo puede abarcarse en unidad por medio de "una síntesis que se realiza en nosotros", sin que se pueda afirmar, por ello, que esa unidad "existe también, del mismo modo, en la realidad, es decir, fuera de nosotros" (Jellinek, *Staatslehre*, p. 171). La unidad real del Estado aparece aún más oscura si se sigue el método propio de las ciencias del espíritu, utilizado por Smend, cuya concepción del Estado como "estructura de unidad de las vivencias de sentido" (*ob. cit.*, p. 13) podría, cuando más, fundamentar una teoría de la idea del Estado, pero nunca una Teoría del Estado. Y Kelsen —en lógica consecuencia de sus premisas fundamentales— llega a una Teoría del Estado en la que ésta designa únicamente la unidad de un orden jurídico que trasciende por completo de la realidad.

Pero la tesis opuesta a la que estima que la unidad estatal es una función del individuo, es decir, la doctrina orgánico-universalista de Estado, no puede aportar una solución científico-real del problema por que no considera a la realidad de la unidad estatal como una efectividad humana (cf. *supra*, pp. 112 *s.*). Nosotros pretendemos demostrar que el Estado es un centro real y unitario de acción, que existe en la multiplicidad de centros de acción reales y autónomos, ya individuales, ya colectivos.

No es posible concebir al Estado como unidad, según un criterio científico-real, afirmando que consiste en la función real de una voluntad popular unitaria que vive en todos los habitantes, como unidad de conciencia, sentimiento, intereses o voluntad. Y como nuestros teóricos del Estado no pueden renunciar a considerar la *volonté générale*

como una transustanciación de la *volonté de tous*, se convencen fácilmente de que la unidad de tal "grupo de voluntad" no sea más que una ficción. Al negar, y con razón, al Estado en cuanto unidad de un organismo real, se cree, infundadamente, que hay que negarlo también como unidad real de organización. Formulado con la claridad precisa, el problema se presenta así: ¿cómo hay que concebir al Estado, en cuanto unidad, en la multiplicidad, sin afirmar que se trata de un ser autónomo, independiente de los hombres que lo actúan y sin considerarlo como una mera ficción? O, con otras palabras: ¿cómo hay que concebir al Estado dado que es producido por muchos y, sin embargo, él actúa unitariamente? Mucho se hubiera adelantado de admitirse que el problema de la unidad real en la multiplicidad de los hombres que actúan no es exclusivo del Estado sino que se da, sin excepción, en todas las organizaciones. Es absolutamente exacto decir que el Estado es algo más que la "suma" de los individuos que lo forman. Pero esto sucede también en la acción organizada de apagar un incendio; también aquí su efecto es completamente distinto de la suma de las acciones particulares que integran la operación total, en estado no organizado.

La unidad estatal no aparece, de hecho, ni como "orgánica" ni como ficticia, sino como unidad de acción humana organizada de naturaleza especial. La ley de la organización es la ley básica de formación del Estado (cf. *supra*, p. 103 ss.). Su unidad es la unidad real de una estructura activa cuya existencia, como cooperación humana, se hace posible gracias a la acción de "órganos" especiales conscientemente dirigida hacia la formación eficaz de unidad. De máxima importancia para el nacimiento y conservación de la unidad estatal son, sin duda, los vínculos vitales e impulsivos, los lazos de la psicología colectiva y la imitación, los geográficos, nacionales, económicos e incluso jurídicos, todas las comunidades naturales e históricas, todos los "factores de integración" reales y funcionales. Pero si se quiere captar la ley sustantiva del Estado hay que tomar en consideración en todas esas circunstancias tanto la función que tiende a la unidad como la que se opone a ella (cf. Heller, *Hdwb. d. Soziologie*, p. 614). La relativa homogeneidad puede ser una de las causas de la unidad del Estado; pero, a la inversa, esa homogeneidad puede ser resultado de la acción de la unidad estatal. Nunca, sin embargo, el carácter relativamente unitario, en lo natural o cultural, de los habitantes podrá engendrar por sí mismo la unidad del Estado. Ésta sólo puede concebirse, en última instancia, como resultado de una acción humana consciente, de una formación consciente de unidad, como organización.

Es evidente que, debido al alejamiento actual de la teoría respecto a la vida, la conciencia deviene no pocas veces fatal para la vida y la

comunidad, por lo que nuestra época pretende –también en la esfera de lo estatal–, abandonar la acción consciente de una especie de consciente inconsciencia. Llevada de un comprensible resentimiento contra ciertas aberraciones de la organización, estima que la actividad organizadora, como mero proceder técnico-utilitario y no obstante heroico, no puede armonizar con la dignidad y el valor del Estado. Los grandes estadistas de todos los tiempos vieron, sin duda, más claro en esta cuestión.

Después que Plenge formuló la idea de una teoría de la organización demasiado "general", débese a O. Spann el haber acometido el problema de la organización, tan descuidado por la Teoría del Estado, y el haber puesto, asimismo, bien de relieve el valor creador de la actividad organizadora (cf. también Waldecker, *Staatslehre*, pp. 80 ss.). Ciertamente que la concepción orgánico-universalista de la organización de Spann es inaceptable porque desconoce la distinción fundamental entre organismo y organización. Apenas si tiene sentido, por ejemplo, considerar a la organización comercial de un cártel del hierro como un todo real y afirmar de él que no está formado por miembros sino que se articula como un todo compuesto de partes. Es innegable que no se puede admitir que las partes que integran el todo se hallen ya perfectamente dispuestas antes de la organización, es decir, considerarlas, cuando no están aún organizadas, como si ellas fueran ya lo que son después, en el Estado organizado. Pero con más cuidado aún hay que evitar incurrir en el error universalista de asentar primeramente la organización como un todo y sólo después articular a los miembros. Lo unilateral, tanto del individualismo como del universalismo, se evita en cuanto se concibe a la organización como estructura. En este caso toda afirmación sobre las partes constitutivas o momentos de la organización incluye ya la conexión organizada de la forma, y viceversa (cf. *supra*, pp. 79 ss.).

El organizar es un obrar encaminado a promover y realizar aquellas acciones (u omisiones) necesarias para la existencia actual y constantemente renovada de una estructura efectiva ordenada (organización). La indagación fenomenológica descubre en toda organización tres "elementos" que se reclaman recíprocamente: *1)* el obrar social de un conjunto de hombres basado en una conducta recíproca, la cooperación de los cuales *2)* se orienta regularmente en el sentido de una ordenación normativa cuyo establecimiento y aseguramiento *3)* corre a cargo de órganos especiales. Todo grupo capaz de obrar y decidir, toda unidad colectiva de acción es una estructura organizada de efectividad, ordenada conscientemente, por medio de órganos, a la unidad de la decisión y de la acción. En qué medida los miembros organizados son, a la vez, órganos es cuestión que depende de la estructura más o

menos corporativa o autoritaria de la organización. En todo caso, una organización de cierta amplitud, y especialmente el Estado, se apoya siempre en la división del trabajo social. La estructura efectiva llamada Estado ha cobrado autonomía, sobre todo, porque sus diferentes tareas particulares fueron adscritas a órganos especiales.

Por el hecho de la cooperación de miembros y órganos, sobre la base de una ordenación y para un efecto unitario, cobra existencia la unidad real de la organización como unidad de acción. Nace, en ese momento, un centro de acción producido por múltiples fuerzas pero que, por su parte, actúa unitariamente, cuyos actos —independientemente de toda clase de normas— no pueden atribuirse ni a la suma de los miembros tan sólo, ni a los órganos en sí, ni mucho menos a la ordenación aisladamente considerada. Ni el Estado ni ninguna otra organización se "descompone" en gobernantes y gobernados; pues sólo en virtud de su eficaz trabazón mediante una ordenación realizan unos y otros lo que, no sólo frente a lo exterior sino ante sí mismos, aparece como una unidad de acción. El representarse a esta unidad de acción como un ser sustantivo totalmente desprendido de los hombres que sobre ella actúan es cosa imposible y superflua. El considerarla como mera ficción o abstracción y el negar que ella sea un centro activo cuyas acciones puedan ser imputadas no a los miembros ni a los órganos en sí mismos sino tan sólo a la organización como totalidad, implica un desconocimiento de la esencia del poder social (cf. *infra.* p. 256-57).

Es un hecho de antiguo conocido en el campo de lo económico, aunque nunca lo suficientemente valorado en el de la teoría política, que el poder de acción organizado no es, en manera alguna, idéntico a la suma de las cantidades individuales de poder de que disponen los miembros o los órganos en cuanto individuos, fuera de la misma organización. La unidad de acción operada en forma organizada produce, por regla general, una multiplicación de las fuerzas individuales. Esa multiplicación del resultado de la acción no es, ciertamente, una consecuencia necesaria porque en toda organización se producen también reacciones contra la acción conjunta y no es raro que una organización signifique también un obstáculo y debilitamiento precisamente para las fuerzas más potentes. Pero, en general, puede decirse que toda organización es una cooperación planificada de hombres e instituciones "para el incremento de la potencia operante de los esfuerzos humanos" (Schultze, en el *Hdwb. d. Arbeitswiss*, de Giese, II, 1930, p. 3460). Este aumento del efecto operante por la organización excede con mucho a la mera suma de las actividades individuales. Esta superioridad del poder humano organizado sobre el no organizado no se basa en la mera acumulación, sino en la actualización unitaria y planificada de los esfuerzos coaligados. La organización no se convierte en

una acción combinada, en una unidad de actividad que se diferencia de todos los individuos participantes y que excede de la simple suma de las fuerzas activas individuales, por el hecho de que un número de hombres acumule de cualquier manera sus actividades económicas o de otra índole. Una unidad de poder, política, económica o militar, surge tan sólo en el momento en que determinadas actividades corporales o espirituales son separadas del conjunto de la actividad individual para servir al poder de organización, según una división de trabajo y una articulación del mismo ordenadas de acuerdo con un plan, y esas actividades son encaminadas unitariamente con firmeza por órganos especiales hacia una conexión unitaria de acción. Para un observador ajeno a la organización nace precisamente en ese momento una unidad activa con capacidad de obrar y decidir cuyo efecto operante no cabe atribuir ni casual ni normativamente, ni cuantitativa ni cualitativamente, ni desde un punto de vista económico ni convencional-político ni jurídico, a un solo elemento de la organización. Pero esa unidad de poder se aparece también a los que forman parte de la organización por ellos mismos creada como un centro sustantivo de acción. Ni la ordenación ni los órganos ni los miembros por sí mismos pueden, por eso, en ningún respecto identificarse con la organización, que sólo se engendra por la cooperación de esos tres elementos integrantes.

La organización es un centro unitario de efectividad que no cabe identificar con sus elementos integrantes por la razón de que las actividades que en ella se enlazan son actualizadas unitariamente al menos por un órgano; precisamente por eso la unidad actual de la organización, dentro de una pluralidad de colaboraciones, se funda primariamente en la unidad del órgano. Una estructura operante de rápida transitoriedad, por ejemplo, una acción de salvamento emprendida repentinamente por varias personas, no deviene una en el tiempo en virtud de la unidad de una ordenación permanente sino por la unidad del órgano que aplica la acción común en la forma adecuada a la situación constantemente cambiante. El obrar organizador actúa de modo mediato para formar la unidad en cuanto cuida de los medios precisos para la cooperación y trata de procurárselos. Creará, por eso, las instituciones y preparará los medios, tales como alimentación, vestido, habitación, armas, dinero, etc., que sean necesarios para realizar la conducta que forma la unidad. Pero no se agota, con esta actividad económica, en el sentido más lato, la función organizadora. Como los modos de conducta constitutivos del todo no existen en la cantidad y calidad necesarias antes de que exista la propia organización, es, en su mayor parte, la acción organizadora la que ha de suscitarlos, disponerlos y agruparlos y dirigirlos a la unidad de la acción. Para llevar a cabo todos los cometidos de la acción organizada encaminados a realizar

esa unidad y a señalar objetivos y vías a la acción humana organizada precisa que el órgano posea todas las cualidades creadoras del conductor.

La unidad potencial de la organización, su permanencia como unidad real de acción en el sucederse de los partícipes sólo se constituye mediante la unidad de su ordenación normativa. Gracias, sobre todo, a la unidad de la ordenación objetiva se crea en el tiempo —no obstante el cambio de los miembros—, una conexión tradicional que acrece poderosamente la seguridad de una reiteración regular de la conducta formadora de unidad y, con ello, la seguridad de la permanencia de la estructura eficaz. Pero el hecho de que toda organización precise, para perdurar, de una ordenación objetiva, no contradice, en manera alguna, la afirmación de que la unidad real, es decir, actual, de la organización como estructura de efectividad, no consiste sino en la cooperación de los miembros actualizada unitariamente mediante órganos. La unidad de la ordenación objetiva es la unidad ideal de una conexión normativa de sentido y la unidad de la organización es la unidad de una conexión activa efectuada. Sin la ordenación objetivada, en cuanto disposición concreta del obrar que forma la unidad, no es posible una organización duradera y mucho menos la estructura de efectividad que se llama Estado. Pero es sólo la unidad de esa orden o disposición la que hace posible la unidad de la ordenación así como la decisión y eficacia que ella supone. Todo lo dicho sobre las relaciones entre Estado y Derecho (*cf. supra*, pp. 206 *ss.*) vale, en general, *mutatis mutandis*, para las que existen entre organización y ordenación. Si por "ordenación" se entiende una jerarquía real de preceptos normativos de deber ser, cabe considerar al Estado, ciertamente lo mismo que a cualquier otra organización, como una unidad de ordenación. La confusión entre la ordenación como conexión normativa y como conexión activa actual debiera estimarse tan inaceptable como la confusión del acto como documento escrito, y en cuanto acto real de voluntad. La organización como estructura permanente de acción tiene una "ordenación" que es una estructura de sentido, pero ella no es sino una ordenación real.

El Estado, lo mismo que las demás organizaciones, sólo puede organizar de manera inmediata actividades, no opiniones; actos de voluntad que operan en el mundo circundante, que a su vez actúa sobre ellos, y no convicciones internas de voluntad. Por esta razón no hay que caer en el error de estimar que la unidad del Estado es una unidad de voluntad, pero, en cambio, sí hay que considerarla como una unidad real de acción.

La afirmación de que toda organización de tipo amplio y especialmente la estatal, que abarca y comprende una pluralidad de oposiciones sustanciales, no entraña una unidad de contenido de opiniones iguales o paralelas, no ha de ser interpretada en el sentido de que cualquier

organización pudiera renunciar a una comunidad de voluntad. Por el contrario. Jamás podrá existir una organización ni un Estado sin una voluntad común eficaz aunque, en modo alguno, general. El Estado, lo mismo que cualquier otra organización, tiene que mantener, extender y reproducir de manera permanente una comunidad de voluntad y valores que vendrá a servirle de cimiento, lo que realizará de modo mediato valiéndose de instituciones de toda clase y especialmente por la influencia ejercida en la enseñanza y en la formación de la opinión pública. Por ser necesario para su propia conservación, el Estado se ve forzado a promover renovadamente un sistema de unificaciones mediatas de voluntades. Si la unidad del Estado sólo nos fuera dada realmente "por la ciencia jurídica" (Kelsen, *Staatsbegriff*, p. 8), sería evidentemente inconcebible como realidad. La unión normativa interindividual que se da en el orden jurídico entre voluntades individuales que en la realidad están disociadas, no basta para explicar la existencia del Estado. La unificación volitiva, en virtud de la cual nace en el individuo la voluntad eficaz para lo colectivo, se produce, sobre todo, como un proceso de ordenación y acomodación dentro de cada individuo, que se ve presionado en cada momento por la conveniencia social y en quien la educación de numerosas generaciones ha engendrado el estado habitual de una conciencia del nosotros más o menos clara y firme. Por mucho que el obrero combata las leyes tributarias o aduanales, las disposiciones militares o cualquier otra cosa del Estado, en tanto las soporta porque, en cambio, está conforme, *v. gr.*, con la legislación social, el derecho del trabajo, etc., del mismo Estado, su voluntad respecto al Estado concreto es tan segura como, inversamente, en el patrón en el caso de que éste soporte la forma de Estado, la legislación social, etc., porque su propiedad privada y la política aduanera, que le favorece, están garantizadas. Se negará el uno al servicio militar, el otro defraudará a la tributación y alguno llegará incluso a cometer un asesinato; pero no sólo en cuanto los demás cooperan en el sentido de la unidad, sino en cuanto los mismos infractores de las normas utilizan en su favor la protección del Estado —con lo cual, además de reconocerlo teóricamente, contribuyen, en general, a su proceso constitutivo—, se realiza en los individuos la necesaria compensación. En este sentido, la voluntad concreta de Estado es real, normalmente, en la mayoría aunque no en todos los individuos, lo mismo que en el todo organizado, porque en ambos opera (cf. Heller, *ob. cit.*, pp. 86 *ss.*).

Sin esta unificación volitiva intraindividual, que no es ciertamente un contrato jurídico sino un entenderse, de realidad psicológica, no es posible organización alguna. Pero con ella no puede cobrar realidad la organización estatal. La sociología del Derecho Natural, que tiene sus raíces en la Antigüedad, pretendía no sólo justificar el naci-

miento del Estado, sino, además, explicarlo como un contrato de unión que, en su forma definitiva, era considerado como un contrato de sociedad y a la vez como un contrato de sumisión (cf. Jellinek, *Staatslehre,* pp. 201 ss.). Luego se formuló la acertada idea de que debe concebirse la unidad de la organización estatal no como mera unificación de voluntades, sino, ante todo, como unidad de dominación. De hecho, hay, sin excepción, en todas las organizaciones una serie escalonada de grados que van desde el consentimiento espontáneo y el obrar voluntario, pasando por la observancia intraindividual que se realiza por la "coacción de las relaciones sociales", hasta la observancia producida por una imposición autoritaria que, en último término, especialmente en el caso del que se opone activamente, así como en el del incapaz, ya no es unificación de voluntades sino solamente unificación interindividual de la conducta externa por medio de la coacción física.

Sólo cabe hablar de la formación de una unidad de organización por medio de la voluntad psicológica real de todos cuando se trata de organizaciones que se concluyen por acuerdo unánime. La insuficiencia de tales formaciones, su construcción rudimentaria y su endeblez constitucional se revelan especialmente en aquellas organizaciones de Derecho Internacional que se basan exclusivamente en la unidad. En cambio, la introducción del principio de las mayorías entraña ya un momento autoritario que obliga a consolidar a la mayoría como órgano dominador y a no estimar a la organización como consistiendo exclusivamente en una unidad de voluntad. La amplitud que puede alcanzar la coacción en las organizaciones privadas nos lo revela la eficacia de las grandes organizaciones económicas del presente. Con el boicot, el cierre de empresas, la supresión del crédito, la baja de precios, por parte de los patronos, y por la huelga contra la admisión de trabajadores no sindicados, por parte de los obreros, los cárteles, *trusts* y sindicatos pueden forzar incluso al que se resiste enérgicamente, y no es raro que ejercite, en virtud de sus medios coactivos económicos, un poder que llega en ocasiones a socavar el del Estado.

Si la unidad de una organización semejante no puede nunca considerarse como una unidad real de voluntad, con mayor motivo es ello inadmisible para el Estado. Los órganos "capacitados" —en sentido sociológico, no jurídico— pueden adoptar en ambos casos decisiones de valor obligatorio general y asegurar su observancia aplicando contra los reacios toda la fuerza eficaz de la organización. Estas organizaciones no son, pues, unidades de voluntad, pero sí unidades reales de acción y decisión.

Sería absolutamente erróneo, por tanto, referir la organización estatal a la coacción y aquellas organizaciones económicas, en cambio, al consentimiento. En uno y otro caso se observa toda la escala, desde

el consentimiento hasta la coacción, como motivaciones de la conducta engendradora de unidad. El poder de la organización estatal se diferencia de cualquier otro únicamente por la clase de coacción que aplica, así como por la específica relación de la dominación con el territorio. Las decisiones adoptadas por los órganos estatales "capacitados" poseen obligatoriedad general no sólo para los que sean jurídicamente miembros de la organización estatal, sino, en lo fundamental, para todos los habitantes del territorio. En virtud de esta propiedad, el Estado se considera como un grupo territorial de dominación, a diferencia de los grupos de carácter personal.

El Estado se diferencia de todos los otros grupos territoriales de dominación por su carácter de unidad soberana de acción y decisión. El Estado está por encima de todas las demás unidades de poder que existen en su territorio por el hecho de que los órganos estatales "capacitados" pueden reclamar, con éxito normal, la aplicación, a ellos exclusivamente reservada, del poder físico coactivo, y también porque están en condiciones de ejecutar sus decisiones, llegado el caso, frente a quienes se opongan a ellas, por medio de todo el poder físico coactivo de la organización estatal actualizado de manera unitaria. Cuando con los hechos se viene a negar a la unidad estatal de decisión y acción la pretensión a su autoafirmación soberana, sólo caben dos posibilidades: o bien esa unidad de poder que niega el del Estado es sometida por la coacción o se la convierte en órgano del poder estatal. Esto es lo que hace que el Estado sea un grupo soberano de dominación territorial.

El género próximo del Estado es, pues, la organización, la estructura de efectividad organizada en forma planeada para la unidad de la decisión y la acción. La diferencia específica, con respecto a todas las demás organizaciones, es su calidad de dominación territorial soberana. En virtud de la soberanía y la referencia al territorio del poder estatal, todos los elementos de la organización estatal reciben su carácter específico. El Estado es soberano únicamente porque puede dotar a su ordenación de una validez peculiar frente a todas las demás ordenaciones sociales, es decir, porque puede actuar sobre los hombres que con sus actos le dan realidad de muy distinta manera a como lo hacen las otras organizaciones.

Una consideración científica de la unidad estatal no puede identificar a ésta con ninguno de sus elementos. El Estado no es un orden normativo; tampoco es el "pueblo"; no está formado por hombres sino por actividades humanas. Un hombre, por mucho que se someta a un Estado, aunque se trate de un Estado "totalitario", pertenece siempre a diversas organizaciones, de naturaleza eclesiástica, política, económica, etc., que le reclaman con distinta intensidad y, con frecuencia,

también según zonas diferentes de su personalidad y da realidad a todas esas organizaciones por medio de actividades particulares que de él se destacan. El Estado, en fin, tampoco puede ser identificado con los órganos que actualizan su unidad de decisión y acción. Desde hace tiempo las llamadas teorías realistas del Estado quieren reducir éste a las personas que poseen el poder y cuya realidad física es tangible, identificándolo, pues, con los órganos de dominación (cf. Jellinek, *Staatslehre*, pp. 145 *ss.*). Al igual que su cabal contrapartida, la teoría que reduce el Estado al pueblo, la que lo confunde con el dominador desatiende, asimismo, el hecho de que toda organización de dominación sólo es real en cuanto unidad de dominadores dotados de poder y súbditos que les han conferido ese poder. Pues así como lo que hace a uno guía es la sumisión de los que son guiados, así también lo que engendra la dominación es la obediencia. Por tal motivo la organización estatal es aquel *status*, renovado constantemente por los miembros, en el que se juntan organizadores y organizados. La unidad real del Estado cobra existencia únicamente por el hecho de que un gobierno disponga de modo unitario sobre las actividades unidas, necesarias para la autoafirmación del Estado.

Al analizar, pues, la ordenación, el pueblo, el territorio y los órganos del Estado, no hay que olvidar en ningún caso que estos elementos del Estado sólo adquieren plena verdad y realidad en su recíproca interrelación.

4. El poder del estado

A. *El poder del Estado como unidad de acción política*

Lehmann: *Das Kollektivbewusstsein*, 1928; Wieser: *Das Gesetz der Macht*, 1926; Kelsen: *Der jurist. und soziolog. Staatsbegriff*; Wolff: *Juristische Person und Staatsperson*, 1933: Heller: *Die Souveränität*, 1927.

Al decir que el Estado es una unidad real queremos significar que aquél, al igual que cualquier otra organización, es ante todo una conexión real de efectividad, por lo que el poder estatal se nos aparece no como una unidad meramente imaginada por nosotros, sino como una unidad que actúa de modo causal. El Estado, como toda organización, es un poder engendrado por varios factores pero que, por su parte, actúa unitariamente, y cuyos actos no pueden ser imputados ni a los órganos exclusivamente ni a la ordenación entrelazante en sí misma y ni siquiera a todos los actuales partícipes. La unidad real del Estado no puede ser referida a la unidad de la ordenación que regula la conexión de quehaceres. Es natural que Kelsen y su escuela, que son quienes sostienen esta tesis, lleguen a vaciar de toda realidad al Estado, a negar el poder del Estado como hecho y considerarlo sólo

como "validez deontológica del derecho" (Kelsen, *Staatslehre*, p. 97). Pues sólo en y por los partícipes es real y eficaz este orden deontológico. Si lo pensamos fuera de ellos, apareciendo frente a ellos como orden normativo ideal, llegaremos, en el mejor de los casos, a la mera representación de una unidad de ordenación, pero nunca a una unidad real de ordenación.

Según es de esencia de todo poder social, el poder del Estado, como unidad de acción, no puede ser referido ni a los actos de los que tienen el poder ni a los de los sometidos al mismo. El que las varias actividades de los súbditos vengan finalmente a dar lugar a una unidad de acción se explica porque esas actividades acumuladas son actualizadas unitariamente por un gobernante. Pero el que éste, a su vez, posea el poder sólo se explica por las actividades de los súbditos. Tiene decisiva importancia que el poder del Estado, como unidad de acción, sólo se pueda explicar causalmente por la cooperación de todos los miembros, por lo cual sólo se puede atribuir —con plena independencia de toda norma— a esta cooperación. Pero como miembros pueden valer otros que no actúan de modo concreto en la relación interna. Hay que considerar que en la formación del poder del Estado —que sólo es en cuanto deviene— intervienen también las generaciones pasadas. Y esa unidad de acción objetiva es también —cosa que con frecuencia se pasa por alto— el producto de fuerzas que actúan desde fuera sobre la organización.

Dos cosas son necesarias para la clara comprensión del poder del Estado como unidad de acción engendrada por varios factores: no debe ser concebido como un ente fantástico que exista independientemente de quienes lo producen y fuera de ellos, y, sin embargo, ha de ser diferenciado claramente de todas las actividades particulares que lo crean. El poder del Estado no es sólo un punto cualquiera de referencia imaginado para las orientaciones psíquicas internas de los miembros (como dice, por ejemplo, Waldecker, *op. cit.*, pp. 80 ss., 215 ss.), sino que es vivido por todos ellos como una nueva unidad de acción, y la ciencia no puede hacer otra cosa que confirmar la exactitud objetiva de tal vivencia. La ciencia tiene que proclamar que el poder del Estado es más, o también menos, que la suma de las actividades individuales correspondientes, pero en todo caso que se trata de algo distinto (cf. *supra*, p. 250). Tampoco puede considerar a la unidad del Estado como una mera forma de expresión de la suma de los partícipes puesto que éstos intervienen solamente con ciertas y determinadas actividades, y la unidad estatal toma de ellos, incluso en el Estado totalitario, únicamente una parte de su ser total. Lo mismo que las demás organizaciones, el Estado no está formado por "hombres", en sentido total, aunque es verdad que el Estado reclama, en general,

actividades más intensas y amplias que la mayoría de las restantes organizaciones. El mismo individuo realiza mediante sus actividades no sólo el Estado, sino un gran número de otras organizaciones que desenvuelven su vida propia frente al Estado como unidades de acción de carácter religioso, económico, político, etc. Lo mismo que sucede en el Estado, las actividades particulares que se destacan de los individuos en favor de las otras unidades de acción se concentran y actúan por las organizaciones correspondientes de manera muy variada. Y, lo mismo que en el Estado también, estos poderes de las organizaciones se aparecen, no sólo hacia fuera sino, asimismo, hacia dentro, es decir, ante los individuos que los constituyen, como unidades objetivas de acción, claramente diferenciables de aquéllos, de los que no se pueden, sin embargo, separar.

Tal como actúa el poder del Estado, al igual que el de las demás unidades organizadas de acción, no es querido por ninguno de los que lo crean. No cabe referirlo a ninguna unidad de voluntad, de intereses, de conciencia, etc. Todas estas unidades, en cuanto son, en general, realidades psicológicas, comprenden sólo determinados grupos dentro de la organización estatal, pero nunca a todos los que la engendran. La acción objetiva del poder del Estado no puede ser atribuida ni a los súbditos exclusivamente ni a un gobernante, aunque sea el dictador más absoluto. Siempre deberá aquélla su nacimiento y su permanencia a la cooperación de ambos. El gobernante tiene poder *en el* Estado pero nunca posee el poder *del* Estado.

El análisis cuantitativo del poder del Estado ha de conducirnos siempre, por tanto, a una cooperación causal "de todos". El concepto de totalidad, tan abusivamente empleado por la Teoría del Estado, ha de entenderse aquí excepcionalmente en sentido literal, porque el poder del Estado no es ni la suma ni la mera multiplicación de las fuerzas particulares comprendidas, sino la resultante de todas las acciones y reacciones políticamente relevantes, internas y externas. En líneas generales se distinguen en esta cooperación tres grupos que, naturalmente, no han de concebirse como magnitudes estáticas, sino como dinámicamente cambiantes: el núcleo de poder que realiza positivamente el poder del Estado, los que le apoyan y los partícipes negativos que a él se oponen.

Los errores más extendidos del pensamiento político proceden de que se confunde el núcleo de poder que realiza positivamente el poder estatal con el Estado mismo. Del hecho, ciertamente exacto, de que el Estado se apoya en ese núcleo de poder, se extrae la falsa consecuencia de que este núcleo de poder "es" el Estado. Este sofisma está en la base de todas las inadmisibles concepciones que confunden al Estado con su Gobierno y al poder del Estado con el poder del Gobierno.

En manera alguna debe admitirse que el poder del Estado, como unidad de acción objetiva, coincida con el del núcleo de poder ni con el de éste junto con el de sus adherentes. Es posible que en la época en que el término *lo stato* apareció, en el Renacimiento italiano, se designara por tal "a los dominadores y sus secuaces" (Burckhardt, *La cultura del Renacimiento*, ed. alem., 1860, p. 2 A. 2). Siempre se ha vuelto a usar en la lucha política un tal concepto *pars pro toto* del Estado. El Gobierno que está en el poder intenta siempre desacreditar a sus opositores calificándolos de enemigos del Estado. De una manera bien palmaria, el marxismo ha identificado al Estado con la clase que domina en cada momento (cf. Heller, *Die politischen Ideenkreise*, pp. 127 s.). Pero la ciencia tiene que rechazar tales concepciones del Estado porque debe considerar a la unidad objetiva de acción del poder del Estado como la resultante de todas las fuerzas que actúan dentro y fuera, incluyendo las de los oponentes. El núcleo de poder tiene poder en el Estado pero no el poder del Estado.

Es ciertamente imposible imaginarnos un poder estatal sin la solidaridad política de un núcleo de poder; pero el poder del Estado sólo surge en el momento que el núcleo de poder realiza su propia comunidad de voluntad y de valores frente a los adherentes y opositores mediante la persuasión o la coacción. Sin embargo, aun en los casos más primitivos de dominación el poder del Estado no aparece condicionado solamente por el núcleo de poder sino por todas las relaciones de las fuerzas políticas internas y externas. Implica cuando menos engañarse a sí mismo el pretender, siguiendo al idealismo hegeliano del Estado, que este poder del Estado es la expresión de una conciencia de Estado general, de una voluntad de Estado común, o de un interés común, de tal suerte que todo miembro del Estado haya de ver en el poder del Estado su "verdadero" yo. Tal solidaridad de una "comunidad" del pueblo del Estado no ha existido nunca ni podrá existir a causa de la estructura necesariamente antagónica de la sociedad. Esa pretendida comunidad de voluntad y valores del Estado en su totalidad es aplicable únicamente a la solidaridad del grupo que constituye el núcleo de poder del Estado. Este grupo es una comunidad casi homogénea que vive bajo condiciones naturales y culturales casi iguales, que profesa sensiblemente las mismas ideas políticas y, en parte también, tiene los mismos intereses comunes.

Pero desde ese núcleo de poder con sus adherentes, hasta el Estado y su poder hay una gran distancia. Y no sólo porque en esa conexión de actividad que se llama Estado han de incluirse "todos" los miembros, sino también porque el Estado es una conexión social de quehaceres y el poder del Estado una unidad de acción organizada. Lo que crea el Estado y el poder del Estado es la conexión sistemática de actividades

socialmente efectivas, la concentración y articulación, por la organización de actos que intervienen en la conexión social de causas y efectos, y no la comunidad de voluntad y valores como tal y mucho menos cualesquiera comunidades naturales o culturales.

Solamente desde el momento en que, sobre la base de una ordenación, se producen y concentran de modo organizado, en la vida social, actividades políticas, militares, económicas y otras, que luego, como unidad política objetiva de efectividad, reaccionan sobre la vida social, sólo a partir de ese momento cabe hablar de un poder del Estado producido por todos los miembros, pero que hay que distinguir de ellos y frente a los que aparece como algo objetivo y real. Lo más evidente y lo que por eso menos se discute es la unidad de acción del Estado en orden a la política exterior. Es realmente cosa que sorprende el que algunos escritores piensen que pudiera admitirse el poder estatal en cuanto unidad de acción en lo exterior, negando, a la vez, su existencia real en lo interior. Quienes así opinan, olvidan el principio sociológico *nemo plus potestatis transferre potest quam ipse habet.* La organización estatal sólo puede desplegar una unidad de poder en lo exterior si y en cuanto la ha forjado interiormente. En la realidad tenemos, por ejemplo, el caso del Estado en cuanto legislador como modelo de un poder determinado de modo plural, pero que actúa unitariamente y que no puede ser atribuido causalmente ni al legislador ni a los sometidos a la ley sino sólo a la cooperación de ambos. Es patente que la unidad del poder del Estado encuentra su expresión en la unidad del poder militar.

Especial interés presenta la consideración del poder del Estado como unidad de acción de carácter económico. En este particular la misma doctrina pura del derecho admite una unidad del Estado no sólo ideal sino real, definiéndola, de modo harto deficiente, como "un complejo de órganos que se mantiene en función mediante un fondo central que se alimenta de fuentes de ingresos reguladas jurídicamente" (Merkl, *Allg. Verwaltungsrecht,* p. 295). De hecho, representa el patrimonio del Estado, como patrimonio para un fin como función política, una unidad de acción de carácter económico y "autónomo", siendo evidente que no es producida de un modo metafísico, sino por una pluralidad de hombres y que, de su parte, opera unitariamente. Este patrimonio es autónomo porque tiene que distinguirse económicamente del de los particulares. Las actividades económicas del poder del Estado se realizan inmediatamente en favor o a expensas de esta unidad patrimonial especial. Esta unidad económica tampoco puede ser imputada ni a los gobernantes ni a los súbditos, pero es asimismo imposible separarla de quienes la realizan.

B. *El poder del Estado como unidad de decisión política*

Las relaciones entre el poder del Estado y el Derecho, tema de tan gran importancia y con tanta frecuencia mal entendido, pueden, de modo general, caracterizarse diciendo que todo poder político, en virtud de su propio sentido, aspira a la forma jurídica establecida y asegurada por órganos estatales. Y ha de extrañar tal tendencia porque en el Estado moderno el Derecho representa normalmente la forma necesaria de manifestación, tanto desde un punto de vista técnico como ético-espiritual, de todo poder político que quiera afianzarse. Es la forma técnicamente —aunque no siempre políticamente— más perfecta de la dominación política, porque hace posible, por lo general y a la larga, la orientación y ordenación más precisas y practicables del obrar político, es decir, la previsión y la imputación más seguras de la conducta que constituye y activa al poder del Estado. Su precisión y practicabilidad se basan cabalmente en que la creación jurídica y la ejecución jurídica (al contrario de las costumbres, las reglas convencionales y el Derecho Internacional) se adscriben al poder del Estado, el que, para estos fines, sostiene un aparato especial que se presenta de ordinario como la unidad de decisión y acción más fuerte dentro del territorio del Estado. Al disponer de modo expreso esta unidad de poder quién ha de "valer" como depositario del poder y quién como sometido al mismo, qué actividades y de quién "deben" esperarse y a quién "deben" ser imputados determinados actos del poder estatal, y al crear, además, dentro de la organización, instituciones que cuidan de que a ese deber ser corresponda normalmente un ser, hace posible una orientación y organización dentro de las situaciones de poder constantemente cambiantes, consolidando con ello la situación inestable de dominación, que se convierte así en estable. En virtud de estos "preceptos jurídicos" de deber ser, que no siempre concuerdan, sin embargo, con la realidad política, en lugar, por ejemplo, de la pregunta, a menudo sin posible respuesta: ¿quién ejercita realmente el poder estatal decisivo, el autócrata, su ministro, su banquero, su ayudante de cámara o su amante?, se plantea y responde la cuestión precisa y practicable: ¿a quién corresponde jurídicamente el poder estatal?

Por tales razones técnicas, el poder del Estado es, pues, siempre legal, es decir, poder político jurídicamente organizado. Un complejo de relaciones sociales organizadas sistemáticamente en unidad de poder se convierte en un complejo de relaciones jurídicas ordenadas sistemáticamente en una unidad de ordenación —derivado de la constitución positiva. Pero, a causa de su función social, el poder del Estado no ha de contentarse con la legalidad técnico-jurídica sino que, por necesidad de su propia subsistencia, debe también preocuparse de la

justificación moral de sus normas jurídicas o convencionales positivas, es decir, buscar la legitimidad. Antes hemos dicho que la legitimidad engendra poder. El poder del Estado es tanto más firme cuanto mayor es el voluntario reconocimiento que se presta, por quienes lo sostienen, a sus principios ético-jurídicos y a los preceptos jurídicos positivos legitimados por aquéllos. Sólo goza de autoridad aquel poder del Estado a quien se le reconoce que su poder está autorizado. Su autoridad se basa únicamente en su legalidad en tanto ésta se fundamenta en la legitimidad. La legitimación del poder del Estado puede ser referida a la tradición, de suerte que ese prestigio aparezca consagrado por su origen; o puede apoyarse en la creencia de una especial gracia o capacidad, es decir, en la autoridad que da al depositario del poder el ser estimado como personalidad superior; o bien, finalmente, puede basarse en el hecho de que se vea en el depositario del poder al representante de determinados valores religiosos, ético-políticos o de otra naturaleza. En este sentido sólo puede considerarse asegurado aquel poder que goce de autoridad entre aquellos que, de los que sostienen al poder, sean políticamente relevantes.

Los ideólogos de la violencia desconocen esta formación de poder por el derecho, en tanto que los ideólogos pacifistas, por el contrario, no quieren admitir la formación de derecho por el poder. Dado que no puede existir una comunidad jurídica absolutamente homogénea, ni en la sociedad dividida en clases ni tampoco en una sociedad económicamente solidaria —porque ello supondría la liquidación de todas las diferencias (no sólo de las económicas) entre los individuos—, la convivencia humana precisa siempre de un poder del Estado que establezca el derecho positivo y que lo ejecute contra los que a él se opongan. Pero la historia nos muestra repetidamente ejemplos de la "fuerza normativa de lo fáctico" por la cual un poder que al comienzo lo era meramente de hecho, e incluso se tenía por injusto, consigue poco a poco que se le llegue a considerar como poder legítimo.

La consideración de la técnica jurídica como técnica estatal de poder nos lleva, desde el Estado como unidad existencial de poder, al Estado como unidad de ordenación. En cuanto tal, se le atribuye la soberanía. Consiste ésta en la capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la cooperación social-territorial, en caso necesario incluso contra el derecho positivo y, además, de imponer la decisión a todos, no sólo a los miembros del Estado sino, en principio, a todos los habitantes del territorio. La soberanía supone, según eso, un sujeto de derecho capaz de voluntad y de obrar que se impone regularmente a todos los poderes, organizados o no, que existen en el territorio; lo que significa que tiene que ser un poder de ordenación territorial de carác-

ter supremo y exclusivo. El Estado es la organización normalmente más poderosa dentro de su territorio. Como poder constituyente y como personificación de la organización estatal aparece la unidad social de poder del Estado, que técnicamente no cabe limitar, como personalidad jurídica en relación con normas. Así, pues, se llama soberano al poder que crea el derecho, en su caso al constituyente, pero eso es la organización estatal como un todo. Sólo ella es el sujeto de la plenitud de poder concentrada y actualizada en la conexión estatal de efectividad que hace posible el imponerse a cualquier otro poder dentro del territorio. Ello es aplicable, sin embargo, tanto al Estado como a otra organización cualquiera.

En toda organización hay que distinguir la cuestión del poder objetivo *de* la organización de la del poder subjetivo *sobre* la organización y la del poder subjetivo *en* la organización. El poder de la organización es la capacidad de acción del todo, según su volumen y contenido, en cuanto acción que se desarrolla hacia dentro y hacia fuera por la organización combinada de todos los miembros de la organización. Este poder objetivo puede medirse objetivamente hasta cierto punto (crédito, probabilidad de obediencia), pero no cabe localizarlo en ningún miembro particular de la organización, de modo que como sujeto sólo se puede considerar a la organización en su totalidad. Resulta esto, en primer término, de la esencia del poder social, que es siempre una relación social del depositario del poder con los súbditos, de un lado, y con otros depositarios del poder, de otro. Para que el gobernante disponga de poder social no basta con que motive las voluntades de otros hombres, sino que es preciso que pueda motivarlas para actividades socialmente eficaces que él determina. "Su" poder social consiste en las actividades de los que le obedecen: *obœdientia facit imperantem.* Todo poder social en lo interior es una cualidad engendrada de modo bilateral y nunca una cualidad inherente al depositario del poder que sólo quepa localizar en él. Por eso, la localización en la persona del gobernante de cualquier poder social, es decir, producido mediante actividades combinadas, es siempre una imputación social.

Pero la totalidad del poder objetivo de la organización tampoco puede ser localizada en ningún miembro de la organización por la razón de que, para que una organización permanente e importante disponga de poder, precisa de una permanente división de poderes, es decir, de competencias, con el objeto de combinar las actividades y, por tanto, de una división del poder de la organización entre diversos depositarios de poder aunque ordenados jerárquicamente. Como, por este motivo, la capacidad de acción del todo no está nunca a la libre disposición de un único sujeto de poder, como existen siempre limitaciones del poder de cada uno de sus depositarios por otros y no se da una

omnipotencia social absoluta, sólo puede atribuirse, en último término, el poder objetivo de una organización a ella misma como un todo.

La cuestión del poder sobre la organización se refiere al soporte del poder de la organización, al poder que decide sobre el ser y la forma de la organización. El soporte de la organización puede ser un poder que se halle dentro de ella misma, pero también puede encontrarse fuera. En atención a esto se califica a la organización, según se trate de un poder que se organiza a sí mismo o que es organizado desde fuera, como grupo "activo" o "pasivo". La cuestión del sujeto de la decisión sobre el fundamental empleo y división del poder concentrado de la organización plantea especiales dificultades cuando se trata de que esta instancia es inmanente a la organización, es decir, en el caso de la organización que se organiza a sí misma. En este caso se trata, sobre todo, de una cuestión de imputación cuando no se busca sólo averiguar quién puede decidir sobre el ser y la forma de un grupo que se organiza a sí mismo sino que, con más justeza, se pregunta por aquel en cuyo nombre se ejerce el poder actual de la organización, por aquella parte del poder ejecutivo de la organización —miembros o dirigentes, fieles o príncipes— que constituye el soporte de la organización.

El poder subjetivo en la organización entraña la cuestión de la jerarquía de los que efectivamente ejercen el poder. Constituyen el sujeto de aquél las personas que, en el caso concreto, aplican y actualizan el poder de la organización y concretan en una actividad individual el poder creado por la acumulación de actividades particulares. El sujeto del poder en la organización puede coincidir con el soporte de ella. El poder en la organización se caracteriza por la supraordinación del órgano superior con respecto al inferior en la jerarquía de poder.

A esta distinción corresponde la separación neta entre sujeto y soporte de la soberanía. Es soberana aquella organización a la que es inmanente el poder sobre sí mismo, la que es capaz de determinar sustancialmente por sí misma el uso del poder de la organización. Sólo existe un Estado allí donde el poder sobre la organización social-territorial le pertenezca a ella misma, le sea propio, donde la decisión sobre el ser y modo de la organización tenga lugar dentro de ella. El poder del Estado es soberano, lo que significa que es, dentro de su territorio, poder supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo. La soberanía del Estado significa, pues, la soberanía de la organización estatal como poder de ordenación territorial supremo y exclusivo. El Estado, como organización territorial soberana, es creador supremo de las normas y tiene el monopolio del poder de coacción física legítima, la *ultima ratio* de todo poder. Las expresiones soberanía del pueblo o soberanía del príncipe no se refieren, en cambio, al sujeto sino al portador de la soberanía en la organización estatal. El pueblo y el príncipe pueden

ser a veces portadores y, al mismo tiempo, órganos del poder del Estado, y en ese caso cabe hablar de una soberanía del órgano, que puede tener el carácter de soberanía del pueblo o del príncipe.

El dominador y los órganos no son sujetos sino solamente portadores de la soberanía cuya realidad no se ve, pues, afectada por el hecho de que no sea localizable en un determinado portador. No hay que hacer consistir su esencia en la independencia de una instancia representativa, sino en la irresistibilidad del poder del Estado como tal. Esta supremacía social del poder del Estado aparece como soberanía en la supraordinación de su órgano supremo sobre todos los demás órganos. El poder del Estado, considerado desde un punto de vista existencial y en la relación con otros poderes que se encuentran en su territorio, es un poder superior porque está sobre ellos, del mismo modo que una organización económica puede ser superior a otra. Pero es el poder supremo como sujeto de la soberanía, porque está supraordinado a todos los restantes poderes dentro de su territorio y dicta las normas jurídicas supremas. Según esto, la soberanía del Estado no es más que la consecuencia necesaria de su función social. El poder del Estado tiene que ser, desde el punto de vista del derecho, el poder político supremo, y desde el punto de vista del poder, el poder político normalmente más fuerte, dentro de su territorio, pues de lo contrario no será soberano ni poder del Estado.

C. *Poder del Estado y formas de Estado*

La manera como se distribuye el poder del Estado determina la forma del mismo. Esto es aplicable, en primer término, a las dos formas fundamentales del Estado. La democracia es una estructura de poder construida de abajo arriba; la autocracia organiza al Estado de arriba abajo. En la democracia rige el principio de la soberanía del pueblo: todo poder estatal procede del pueblo; en la autocracia, el principio de la soberanía del dominador: el jefe del Estado reúne en sí todo el poder del Estado. El derecho y la realidad pueden e, incluso, deben separarse, pero no en la soberanía de la unidad de acción estatal, que comprende al pueblo y al dominador, sino en estas localizaciones de la soberanía en el pueblo o en el dominador. Pues tales principios de localización son sólo en parte expresión de lo real, tratándose, en lo restante, de juicios deontológicos con los que no siempre concuerda la división real del poder del Estado. El derecho de la democracia, respondiendo a su función como regla de orientación y previsión, atribuye la formación del poder del Estado al "pueblo", aun cuando el cuerpo electoral esté constituido por una pequeña parte de la población real y haya individuos que, valiéndose por ejemplo de su superior poten-

cialidad económica, contrapesen buena parte del poder electoral. Pero incluso en una democracia en que exista igualdad de oportunidades sociales, el pueblo sólo puede mandar por medio de una organización de dominación. Toda organización, sin embargo, precisa de una autoridad y todo ejercicio de poder está sujeto a la ley del pequeño número; los que actualizan las actividades de poder unidas en la organización han de disponer siempre de una determinada suma de libertad de decisión y, con ello, de poder no limitado democráticamente. Esto se aplica tanto al poder del Estado como a la estructura de poder de los partidos políticos que organizan en la democracia las exteriorizaciones de voluntad de los electores. En los partidos, el reducido grupo de los dirigentes, juntamente con la burocracia del partido, concentra el poder en su mano tanto más fácilmente cuanto mayor y más complicada sea la organización y cuanto más reducida sea la preparación e interés político de los electores. Pero sobre todo la administración estatal, cada vez más extensa y complicada, hace preciso en todas sus ramas un cuerpo profesional de funcionarios, especializado y conocedor de los asuntos, cuya competencia y experiencia absorben una parte no pequeña del poder estatal localizado jurídicamente en el pueblo, especialmente cuando la burocracia permanente se halla frente a mayorías parlamentarias cambiantes y a una dirección política también cambiante.

A pesar de todas estas limitaciones y falseamientos, la localización jurídica de la soberanía en el pueblo no es, en absoluto, una mera ficción, sino una realidad política cuya importancia sólo se comprende cuando se concibe a la soberanía del pueblo como debe concebírsela, es decir, como un principio polémico de la división política del poder, opuesto al principio de la soberanía del dominador. Que este principio no se realice en forma pura en la vida política es cosa que sólo puede desilusionar al doctrinarismo. Por el contrario, sólo la ignorancia o la demagogia pueden negar que la soberanía del pueblo exprese un principio de estructura de la división política real del poder. Pues es siempre un hecho que, al contrario de lo que sucede en la autocracia, en el régimen democrático determinados círculos, más amplios o más reducidos, del pueblo del Estado disponen de un poder político eficaz que se revela prácticamente, sobre todo, en el nombramiento, revocación y control de los dirigentes políticos. Constituye singularmente una realidad política de máxima importancia práctica el que la organización democrática del Estado de Derecho, con su división de poderes y garantía de los derechos fundamentales, limite eficazmente el poder político de los dirigentes mediante preceptos constitucionales, asegurando a todos los miembros del pueblo del Estado sin excepción una suma, muy variable, ciertamente, en la realidad, de "libertades", es decir, de poder social y político.

En cambio en la autocracia la división del poder del Estado presenta una fisonomía totalmente distinta, tanto según los principios como en la realidad. Todo poder estatal proviene aquí del autócrata; a él incumbe adoptar todas las decisiones políticamente relevantes. Es evidente que este principio jurídico de imputación se aleja más de la realidad política que el principio de la soberanía del pueblo. Pues sólo un autócrata omnisciente y omnipotente pudiera dirigir la ingente y complicada organización del Estado actual, en sus complicadas vinculaciones internacionales, con una plena libertad de decisión. En la práctica, el monarca absoluto y, con mayor motivo, el moderno dictador han de repartir ampliamente su poder ante todo con su burocracia y los demás órganos de dominación, con grupos de poder religiosos, económicos y de otra índole, tanto nacionales como internacionales, pero, en primer término, con la clase privilegiada y, en la dictadura, por consiguiente, con la camarilla del partido dictatorial que constituye la base sustentadora de su poder. No se puede evidentemente negar que el principio de localización de la soberanía del dominador representa una concentración del poder estatal en las manos del autócrata que es completamente desconocida en la democracia y el Estado de Derecho. El hecho de que desaparezca todo límite jurídico al poder dictatorial del Estado no significa, naturalmente, que el dictador sea omnipotente, ni siquiera que todo el poder aparezca concentrado de modo real en su persona. Ello significa, en cambio, que su poder sólo encuentra límites en las relaciones efectivas de poder en la sociedad. Mas como —gracias al enorme desarrollo experimentado en los últimos cien años por la técnica de la dominación física y psíquica de las masas mediante tanques, aviones y gases y por la prensa, el cine, la radio y la escuela, así como, y sobre todo, por la presión sobre los estómagos— el aparato dictatorial puede ser perfeccionado considerablemente, le es posible al conductor de este aparato monopolizar el poder del Estado hasta un grado insospechado.

5. La constitución del estado

A. *La constitución política como realidad social*

Kornfeld: *Soziale Machtverhältnisse*, 1911; Ehrlich: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913-19; Wolff: *Grundlehre des Sollens*, 1924; Burckhardt: *Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 1927; Jahrreiss: *Berechenbarkeit und Recht*, 1927; Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928; Schindler: *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 1932.

Entendemos por organización la acción concreta de dar forma a la cooperación de los individuos y grupos que participan en el todo, mediante la supra-, sub- y co-ordinación de ellos. La constitución de un

Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante actividad humana consciente y sólo ella. Ambas se refieren a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana. En virtud de esta forma de actividad humana concreta, el Estado se convierte en un unidad ordenada de acción y es entonces cuando cobra, en general, existencia. Al adquirir la realidad social ordenación y forma de una especial manera, es cuando el Estado aparece en su existencia y modo concretos. De esta constitución "real" que todo país ha poseído en todo tiempo, dice Lassalle en su conocida conferencia *Über Verfassungswesen* (1862), que no es la constitución escrita o la hoja de papel, sino las relaciones reales de poder que se dan en un país; en la Prusia de entonces señalaba él como parte de la constitución real al jefe del Estado, al ejército, la Justicia y la Administración, la nobleza influyente, la bolsa, los banqueros e industriales y, en fin, la conciencia general y, en último término, la pequeña burguesía y los trabajadores.

Pero esas relaciones reales de poder se hallan en constante movimiento y cambian a cada momento, no obstante lo cual no dan lugar a un caos sino que engendran, como organización y constitución, la unidad y ordenación del Estado. Toda organización humana perdura en cuanto constantemente renace. Su realidad actual consiste en la efectividad presente de la conducta de los miembros ordenada para la acción unitaria. Su realidad potencial tiene su expresión en la probabilidad relativamente previsible de que la cooperación entre sus miembros vuelva a producirse de modo semejante en el futuro. La configuración actual de la cooperación, que se espera se mantenga de modo análogo en el futuro, por la que se produce de modo constantemente renovado la unidad y ordenación de la organización, es lo que nosotros llamamos Constitución en el sentido de la ciencia de la realidad.

El conocimiento del Estado y del Derecho no debe olvidar nunca, ciertamente, el carácter dinámico de su objeto (cf. *supra*, p. 61 s.). Pero menos aún debe olvidar que sólo cabe hablar de una Constitución si se la afirma, no obstante la dinámica de los procesos de integración constantemente cambiantes y, en ellos, con un carácter relativamente estático. La Constitución del Estado no es, por eso, en primer término, proceso sino producto, no actividad sino forma de actividad; es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida. Así como en una melodía "transportada" han cambiado los "elementos" y, sin embargo, la melodía se estima idéntica (cf. *supra*, p. 79 s.), así también en el sucederse y el coexistir de los cooperadores que cambian se ve cómo la Constitución persiste como unidad diferenciable.

La Constitución permanece a través del cambio de tiempos y personas gracias a la probabilidad de que se repita en lo futuro la conducta humana que concuerda con ella. Esta probabilidad se asienta, de una parte, en una mera normalidad de hecho, conforme a la Constitución, de la conducta de los miembros, pero además en una normalidad normada de los mismos y en el mismo sentido. Cabe, por eso, distinguir en toda Constitución estatal, y como contenidos parciales de la Constitución política total, la Constitución no normada y la normada, y dentro de ésta, la normada extrajurídicamente y la que lo es jurídicamente. La Constitución normada por el derecho conscientemente establecido y asegurado es la Constitución organizada.

Así como no pueden estimarse completamente separados lo dinámico y lo estático, tampoco pueden serlo la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser en el concepto de la Constitución. Una Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas. Como situación política existencial, como forma y ordenación concretas, la Constitución sólo es posible debido a que los partícipes consideran a esa ordenación y a esa forma ya realizados o por realizarse en el futuro, como algo que debe ser y lo actualizan; ya sea que la forma de actividad acomodada a la Constitución se haya convertido para ellos, por medio del hábito, en una segunda naturaleza, en conformación habitual de su propio ser apenas estimada como exigencia normativa consciente; ya sea que los miembros motiven su conducta, de modo más o menos consciente, por normas autónomas o heterónomas.

El Estado, empero, no puede ser concebido ni como sociedad ni como comunidad exclusivamente (cf. *supra*, pp. 104 ss.). Su ley decisiva de formación es ciertamente la organización; pues no sólo por medio de ella crece considerablemente su valor de efectividad social, sino que sin ella no tiene, en general, existencia. Pero, por otra parte, no se le debe considerar en ningún caso como mero producto de la técnica organizadora, como sucede en la sociedad anónima; el individuo aparece siempre inserto en el Estado, voluntaria o involuntariamente, según zonas vitalmente importantes de su ser. La organización de la sociedad anónima puede ser completamente independiente de la manera de ser de los accionistas. En cambio, la organización estatal penetra hondamente en la vida personal del hombre formando así su ser, a la vez que, por su parte, los miembros influyen decisivamente sobre ella. Por eso decimos que el Estado es una forma organizada de vida cuya Constitución se caracteriza no sólo por la conducta normada y jurídicamnte organizada de sus miembros, sino además por la conducta no normada, aunque sí normalizada, de los mismos. La normalidad de una conducta consiste en su concordancia con una regla de previsión basada sobre la observación de lo que sucede por término

medio en determinados períodos de tiempo. Todas las ordenaciones sociales que tienen validez real consisten en ciertas esperanzas de los miembros basadas en el siguiente principio: por el hecho de que tal hombre o grupo en tales circunstancias, de manera constante y por lo regular, se hayan comportado, en general, de tal modo, se puede confiar y contar con que, a pesar de las excepciones que pueda tener la regla, se comportarán también así, bajo las mismas circunstancias, en el futuro. La convivencia humana, y con mayor motivo la cooperación entre hombres, son totalmente imposibles sin la aplicación consciente o inconsciente de esta regla de previsión. Todas las cualidades que atribuimos a individuos o grupos se refieren a tales criterios de cálculo en los que se expresa una conducta normal con la que creemos poder contar por parte de los hombres a que se refiere. Valiéndonos de esta elaboración de tipos, por la que se distinguen, por ejemplo, las cualidades del hombre económico y las del hombre político, del alemán y del francés, del trabajador y del empresario, del conservador y del revolucionario, etc., formulamos determinadas probabilidades cuya realización esperamos y en virtud de las cuales se hace posible un obrar ordenado (cf. Spranger, *Lebensformen*). Sin que sea preciso que los miembros tengan conciencia de ello, las motivaciones naturales comunes como la tierra, la sangre, el contagio psíquico colectivo, la imitación, además de la comunidad de historia y cultura, originan de modo constante y por lo regular, una normalidad puramente empírica de la conducta que constituye la infraestructura no normada de la Constitución del Estado.

Estos factores naturales y culturales tienen para la Constitución del Estado una gran importancia, tanto constructiva como destructiva; pero la Constitución no normada es sólo un contenido parcial de la Constitución total. La normalidad tiene que ser siempre reforzada y completada por la normatividad; al lado de la regla empírica de previsión ha de aparecer la norma valorativa de juicio. La idea de la normatividad, es decir, de la ejemplaridad u obligatoriedad de un obrar concorde con determinados criterios positivos de valor, presenta para la Constitución del Estado la inmensa importancia de que no sólo eleva considerablemente la probabilidad de un obrar conforme a la constitución por parte de los miembros actuales o futuros, sino que es sólo ella quien, en muchos casos, la hace posible. La transformación de la normalidad en normatividad, que pudiera ser atribuida a una ley de inercia psíquica, es idea en la que frecuentemente se insiste y con razón; pero a veces se incurre en un excesivo unilateralismo. Pues al lado de esta fuerza normativa de lo normal fáctico (Jellinek, *Staatslehre*, páginas 337 ss.) tiene también una gran importancia la fuerza normalizadora de lo normativo. La afirmación de que todo derecho no es "origi-

nariamente más que un uso de carácter fáctico" (Jellinek, *ob. cit.*, p. 339) responde a la idea romántica del espíritu del pueblo, totalmente alejada de lo real. En la realidad, sobre la infraestructura de la Constitución no normada, e influida esencialmente por esta infraestructura, se yergue la Constitución formada por normas en la cual, al lado de la tradición y del uso, desempeña su papel peculiar la función directora y la preceptiva, que tienen carácter autónomo y que, con frecuencia, deciden contra lo tradicional.

La Constitución normada consiste en una normalidad de la conducta normada jurídicamente, o extrajurídicamente por la costumbre, la moral, la religión, la urbanidad, la moda, etc. Pero las normas constitucionales, tanto jurídicas como extrajurídicas, son, a la vez que reglas empíricas de previsión, criterios positivos de valoración del obrar. Porque también se roba y se asesina con regularidad estadísticamente previsible sin que, en ese caso, la normalidad se convierta en normatividad (cf. Jahrreis, pp. 16 *ss.*). Sólo se valora positivamente y, por consiguiente, se convierte en normatividad, aquella normalidad respecto de la cual se cree que es una regla empírica de la existencia real, una condición de existencia ya de la humanidad en general, ya de un grupo humano.

La Constitución real del Estado conoce ciertamente una normalidad sin normatividad pero no, al contrario, una validez normativa sin normalidad. Pues todo derecho vigente es una "realidad conforme a la regla" (W. Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung*, etc., 1913, p. 23) y todas las normas constitucionales vigentes valen en cuanto reglas empíricas de la situación real de la organización estatal; poseen una normalidad normativa. Como reglas prácticas de valoración valen en tanto que son, a la vez, criterios de previsión para el obrar humano. No cabe, pues, mantener con la usual rigidez la separación entre las leyes del ser y las del deber ser (cf. Kornfeld, pp. 15 *s.*, Jahrreis, pp. 4 *s.*). Es inexacto afirmar que "el sentido de las leyes de la naturaleza es que las cosas se comportan en la realidad como las leyes dicen, en tanto que el de las normas jurídicas no consiste en que los hombres se comporten según estatuyen las normas sino en que así deben conducirse". Esta concepción de Kelsen priva a las normas precisamente de su sentido de ser-deber ser; pero, además, no puede desarrollarla por completo, pues inmediatamente se ve obligado a poner de relieve la importancia que tiene el momento de la "observancia ordinaria" para la positividad, o sea, en realidad, para la validez y existencia de las normas jurídicas. En el error opuesto incurre C. Schmitt, quien subestima completamente la normatividad exaltando, en oposición a ella, la existencialidad, de modo que viene a concebir a la Constitución no como norma, sino sólo como "decisión" (cf. *supra*, pp. 112 *s.*; Heller,

Souveränität, p. 69). No existe Constitución política alguna que, cabalmente como *status* real, no sea, a la vez, un ser formado por normas, es decir, una forma de actividad normada, además de una forma de actividad meramente normal.

Para la existencia de la Constitución del Estado tienen, entre todas las demás normas sociales, una importancia singular aquellas caracterizadas como derecho, que son formuladas de modo expreso por los órganos del Estado y promulgadas y aplicadas autoritariamente con la pretensión de obligatoriedad general. A veces no son, por su contenido, más que reglas empíricas del obrar que únicamente han sido abstraídas de la realidad social por los órganos estatales, formuladas y, en cierto sentido, sistematizadas. Pero, con frecuencia, se presentan como un querer y un deber ser opuestos al ser social, como una disposición nueva con respecto al orden social hasta entonces existente. Precisamente en el hecho de que la Constitución política se vea influida de manera consciente y según un plan por una creación autoritaria de normas, en este intento de una normalización general para el territorio por medio de una normación central, radica la esencia del Estado moderno.

Aparece así como problema fundamental de toda Sociología del Derecho y del Estado la cuestión de la relación entre normalidad y normatividad en la Constitución del Estado. Desde un punto de vista histórico trátase aquí de la cuestión de las causas del aumento de la normalización por normación autoritaria y con ello, en general, de la cuestión del nacimiento del Estado moderno. Desde un punto de vista sistemático se trata de indagar, por una parte, en qué manera pueden complementarse la normalidad y la normatividad y, por otra parte, en qué manera pueden ser contradictorias. Requiere una especial investigación la cuestión de las causas de la emancipación de la normatividad respecto a la normalidad.

El aumento de la normalidad por el aumento de la normatividad autoritaria y según un plan, en las modernas Constituciones, guarda la más estrecha conexión con la necesidad de producir, con arreglo a un plan y mediante una creación consciente de normas, una normalidad y previsibilidad cada vez más amplias en las relaciones sociales. El desarrollo cultural está siempre condicionado por una creciente división del trabajo y, con ello, por un aumento de la dependencia recíproca de grupos sociales espacialmente separados que se ven forzados a entrar en relaciones estrechas unos con otros. La intensificación de la división del trabajo y del intercambio reclama una mayor seguridad del tráfico, que viene a ser lo que los juristas llaman seguridad jurídica La seguridad del tráfico y la seguridad jurídica reclaman en alto grado una sujeción a plan y una previsibilidad de las relaciones sociales. A esta intensa y amplia racionalización sólo se puede llegar,

en lo que no baste lo tradicional geográficamente limitado, haciendo que las relaciones sociales, singularmente las políticas, económicas y militares, se vean sometidas en medida creciente (tanto en su materia como respecto al territorio) a una ordenación unitaria, es decir, que sean normadas de modo planificado desde un centro y, por eso mismo, normalizadas. El resultado final, por el momento, de este proceso formal de racionalización social es el Estado actual, que ha organizado de manera unitaria la administración de justicia y la ejecución coactiva gracias a su cuerpo de funcionarios, y que ha centralizado la legislación especialmente por medio de las Constituciones escritas así como por las grandes codificaciones de los siglos XVII al XIX.

La Constitución estatal, así nacida, forma un todo en el que aparecen complementándose recíprocamente la normalidad y la normatividad, así como la normatividad jurídica y la extrajurídica. En la fuerza normalizadora de las normas sociales se apoya principalmente la permanencia y generalización temporal y personal de la normalidad y, con ello, la permanencia de la Constitución (cf. *supra*, p. 210 s.). Alcánzase aquélla por la fuerza obligante que ejerce la norma sobre todos los miembros, no sólo sobre los súbditos sino, hasta cierto punto, también sobre los dirigentes. Toda norma social aspira a tener validez general. Pretende valer, al menos dentro de determinados grupos sociales, para todos los casos semejantes, aunque se den separados espacial y temporalmente; la desigualdad contradiría su sentido en cuanto norma, sería arbitrariedad (cf. Leibholz, *Gleichheit vor dem Gesetz*, 1925). Respondiendo al paralelismo general entre ser y deber ser, normalidad y normatividad, esta exigencia de igualdad no sólo emana del ideal de justicia sino también del postulado de la previsibilidad de las relaciones sociales. Constituye una exigencia de la justicia y de la previsibilidad que la norma aparezca ante sus destinatarios, tanto ante los que coexisten como ante los que se suceden y aun especialmente ante éstos, como relativamente objetivada y despersonalizada, con lo cual se hace posible la continuidad de la Constitución que, como decisión personal, sería inconcebible. Sólo puede crearse una continuidad constitucional y un *status* político si el creador de la norma se considera también ligado por ciertas decisiones, normativamente objetivadas, de sus predecesores. Sólo mediante el elemento normativo se normaliza una situación de dominación actual y plenamente imprevisible convirtiéndose en una situación de dominación continua y previsible, es decir, en una Constitución que dura más allá del momento presente.

Sin la permanencia de las normas sociales no existe permanencia del *status* social, no existe Constitución. Problema especial es el de determinar de qué modo se puede armonizar la permanencia de las normas con el cambio constante de la realidad social. Pero implica

una incomprensión total de la importancia política y jurídica del elemento normativo de la Constitución la osada afirmación de C. Schmitt de que todo Derecho es "derecho de situación". No hay duda de que la normatividad requiere como supuesto permanente una cierta normalidad y no existe, evidentemente, norma alguna que pudiera aplicarse a un caos (Schmitt, *Polit. Theologie*, p. 13). La validez de una norma presupone aquella situación general para la que es prevista, y es imposible valorar normativamente una situación excepcional imprevisible. Pero precisamente lo que correspondería al caos social sería un "derecho de situación"; un derecho semejante no aparecería ya como una construcción relativamente estática en el devenir social ni como una estructuración de las situaciones de poder siempre cambiantes, dando sólo lugar, en el mejor de los casos, a situaciones constitucionales en constante mutación pero nunca a un *status* constitucional o a una Constitución estatal.

La Constitución normada jurídicamente no consiste nunca de modo exclusivo en preceptos jurídicos autorizados por el Estado sino que, para su validez, precisa siempre ser complementada por los elementos constitucionales no normados y por aquellos otros normados pero no jurídicos. El contenido y modo de validez de una norma no se determina nunca solamente por su letra, ni tampoco por los propósitos y cualidades del que la dicta, sino, además y sobre todo, por las cualidades de aquellos a quienes la norma se dirige y que la observan. El mismo reglamento judicial dictado por José II dio lugar en Austria a un procedimiento escrito e indirecto y en los Países Bajos, en cambio, a un procedimiento oral y directo (cf. Ehrlich, pp. 295 *s.*). Lo que Schindler (p. 93) llama ambiente, el medio cultural y natural, las normalidades antropológicas, geográficas, etnográficas, económicas y sociales, así como las normatividades no jurídicas, aquella parte del mundo circundante con la cual o frente a la cual la Constitución normada jurídicamente debe formar un todo, es lo que, en primer término, determina su contenido y su individualidad. Por esta razón, el precepto jurídico particular sólo puede ser fundamentalmente concebido, de modo pleno, partiendo de la totalidad de la Constitución política.

Al lado de las numerosas reglas del ser, privadas por completo de toda normación pero que intervienen determinando esencialmente el contenido normativo de la Constitución, están aquellas normatividades extrajurídicas que tienen decisiva importancia, en cuanto principios de Derecho, para la validez y el contenido de las normas constitucionales (cf. Heller, *Souveränität*, pp. 47 *ss.*). No nos referimos aquí a los principios lógicos del Derecho, resultado de la inducción de preceptos jurídicos y decisiones judiciales, obtenidos por mera abstracción. No les pertenece a tales principios validez lógica alguna dirigida a

nuestra voluntad. Un precepto jurídico positivo puede herir, ciertamente, principios éticos del Derecho pero nunca principios lógicos de constitución del Derecho. Los principios éticos del Derecho, legitimados por la sociedad, a veces no autorizados por el Estado e incluso expresamente condenados, en ocasiones, por él, tienen, para la existencia de la Constitución del Estado, la máxima importancia, en parte por sí mismos y en parte en cuanto complemento. Esos principios se caracterizan porque, careciendo de una concreción suficiente, no pueden encontrar aplicación como normas inmediatas para la decisión judicial, a pesar de lo cual, sin embargo, son imprescindibles en la Constitución jurídica del Estado como normas sociales de ordenación, así como también en cuanto reglas interpretativas para la decisión judicial. La validez de esos principios es de naturaleza general y apriorística en parte, pero, con más frecuencia, es históricamente variable y depende del círculo de cultura correspondiente.

El carácter necesario de esos principios para la Constitución aparece reconocido por el legislador en cuanto suele referirse a él de dos maneras: o de un modo material, formulando el contenido del principio jurídico, o de un modo formal. La Constitución de Weimar, en su segunda parte, y las listas de derechos fundamentales de la mayor parte de las Constituciones escritas se remiten, con carácter material, a principios éticos del Derecho. Al formular, por ejemplo, los artículos 119 y 120 de aquella Constitución el principio de la monogamia y de la educación familiar de los hijos, no establecen todavía, con ello, ciertamente, un precepto jurídico positivo que pudiera servir al juez como norma de decisión; pero esta formulación contiene, sin duda, algo que es distinto y superior a una mera abstracción de los preceptos jurídicos vigentes, y establece también algo más que una simple directriz para el legislador futuro. En realidad, los principios jurídicos que allí se formulan son las únicas normas que conoce la inmensa mayoría de los miembros de la comunidad jurídica y las únicas realmente vivas en su espíritu, en tanto que las numerosas normas para la decisión judicial comprendidas en el Derecho de la familia del Código Civil sobre el matrimonio y la familia le son desconocidas e incluso, mientras no haya que comparecer ante el juez, pueden ser ineficaces. En la práctica, pues, no son estos preceptos jurídicos positivos, sino aquellos principios generales del Derecho los que ayudan a asegurar la ordenación de la realidad social.

El legislador realiza una remisión formal a los principios jurídicos que imperan en la sociedad cuando, sin formular el contenido de los mismos, se refiere sencillamente a las buenas costumbres, a la buena fe, a los usos del comercio o a la equidad. En este caso, el legislador autoriza al juez, mediante un poder en blanco, a concentrar en normas

de decisión los principios jurídicos inicialmente sólo legitimados por la sociedad. Con ello reconoce dos cosas: primera, la necesidad en que se halla la normatividad jurídica de ser complementada por una normalidad social a la que se le da valor de manera positiva; y segunda, la incapacidad en que se halla para establecer, de una vez para siempre, el contenido, históricamente cambiable en la mayoría de los casos, de las normas sociales que complementan a las jurídicas.

Sin esa apelación a los principios del Derecho, incluso en los casos en que el legislador no se remite expresamente a ellos, no se pueden comprender ni interpretar ni aplicar la mayoría de los preceptos positivos del Derecho constitucional. Pues nunca está comprendido todo el Derecho en la letra de los preceptos jurídicos positivos (Ehrlich, pp. 393 ss.). Si se prescinde de la normalidad social positivamente valorada, la Constitución, como mera formación normativa de sentido, dice siempre muy poco. La mayoría de sus preceptos jurídicos y, sobre todo, los más importantes, cobran únicamente un sentido practicable cuando se ponen en relación con los principios jurídicos que son expresión de la estructura social (cf. Del Vecchio, *Grundprinzipien des Rechts*, edic. alem., 1923, pp. 25 *s.*, 60 *s.*; Heller, *Souveränität*, p. 76). Un ejemplo clásico de lo que antecede es el precepto de la igualdad ante la ley que existe en todas las democracias y cuyo contenido tiene importancia decisiva para determinar la estructura constitucional de cada Estado. Pero ese precepto recibe únicamente su contenido de las concepciones que dominan en la realidad social, y que en la Constitución misma no se formulan o sólo se formulan en muy pequeña parte, sobre lo que debe estimarse igual y desigual. Originariamente el precepto de igualdad, cuya letra no ha experimentado después cambio alguno, se refería tan sólo a la igualdad política de los varones; hoy, en ciertos Estados, se refiere también a la de las mujeres; en la primera mitad del siglo XIX significaba sólo la igualdad de los derechos políticos, mientras que actualmente, y en medida creciente, significa también la igualdad social; hasta hace una década se aplicaba, "según la opinión dominante", nada más que a la Administración, en tanto que hoy se le interpreta como límite y pauta también para el legislador.

Es precisamente esa ausencia de determinación del contenido lo que capacita a esos principios jurídicos para desempeñar una función perpetua a la Constitución. Un precepto jurídico positivo ha de decir, según lo que hoy se reclama de la seguridad jurídica, lo siguiente: en tales circunstancias el hombre debe comportarse de tal modo. Con ello, el precepto jurídico válido garantiza una previsibilidad mayor de la conducta social que el principio jurídico que es menos preciso. Pero justamente esta precisión del precepto jurídico se opone a la necesaria capacidad de acomodación y a la continuidad de los preceptos

jurídicos. El que la permanencia de la norma pueda ser armonizada con el cambio ininterrumpido de la realidad social, se debe, en gran parte, a que la normalidad social que se expresa en los principios jurídicos va transformándose en la corriente imperceptible de la vida diaria. Mediante la evolución gradual de los principios jurídicos puede suceder que, no obstante permanecer inmutable el texto del precepto jurídico, su sentido experimente una completa revolución, aunque queda salvaguardada la continuidad del Derecho ante los miembros de la comunidad jurídica (cf. Freyer, *Theorie d. obj. Geistes,* 1928. pp. 122 ss.). Tal cambio de significación del precepto jurídico se realiza gracias a los principios jurídicos cambiantes, que vienen a ser la puerta por donde la realidad social valorada positivamente penetra a diario en la normatividad estatal. Dado que tradición y revolución suponen sólo oposiciones relativas, se hace posible la permanencia y capacidad de acomodación de la normatividad respecto a la normalidad y puede así concebirse a la constitución total del Estado como "forma acuñada que viviendo se desarrolla".

Hasta aquí hemos considerado exclusivamente el caso en que la Constitución del Estado normada jurídicamente es completada por normas no jurídicas y por normalidades; pero también puede hallarse en oposición con ellas. La creación de normas por el Estado, como ya lo observó Bülow (*Gesetz und Richteramt,* 1885, pp. 3 *s.*), no crea, desde luego, un Derecho válido, sino sólo el plan de un derecho que se desea para el futuro. Esta "oferta" que el legislador hace a los destinatarios de la norma sólo produce derecho vigente en la medida en que las normas "salen de su existencia en el papel para confirmarse en la vida humana como poder" (Hold v. Ferneck, *Rechtswidrigkeit,* I, 1913, p. 11; Jahrreis, pp. 19 *s.*). Puede faltar esta confirmación por muy diversos motivos, ya porque la vida no precise de tales normas, ya porque las rechace, y en tales casos la normatividad pierde su fuerza normalizadora. Basándose en una encuesta, estima Ehrlich (p. 297) en una tercera parte del total el número de artículos del Código Civil austriaco que han pasado por la vida sin dejar rastro y que podrían derogarse sin que ello tuviese importancia para la realidad social.

Toda creación de normas es, por esto y ante todo, un intento de producir, mediante una normatividad creada conscientemente, una normalidad de la conducta concorde con ella. Que el experimento de la creación de normas tenga éxito en el Estado moderno, en la mayoría de los casos, a causa de su rigurosa organización burocrática, no autoriza a olvidar el hecho de que ese mismo Estado no es capaz, en manera alguna, de procurar vigencia a todas sus normas, y que, aunque el experimento tenga éxito, tal éxito y, en consecuencia, la vigencia que se logra, pueden presentarse en grados muy diferentes. Pues la crea-

ción de normas puede dar lugar a una normalidad correspondiente a ella en la mayoría de los destinatarios de las normas, en muchos o en pocos, o sólo en los tribunales y demás autoridades o, finalmente, ni en éstos siquiera. Con bastante frecuencia, el uso social, la realidad social no normada o normada extrajurídicamente, se revela más fuerte que la norma estatal.

En última instancia, siempre veremos confirmarse la tesis de que la Constitución real consiste en las relaciones reales de poder. La nueva Teoría del Derecho Político se ha ocupado de los casos menos importantes de cambios de las normas constitucionales por relaciones sociales de poder que las contradicen, en la doctrina de la reforma constitucional (G. Jellinek, *Verfassungsänderung,* 1906; Tezner, *Grünhuts Ztschr.*, 42, pp. 557 ss.). Pero en todos los casos en que el poder propio del depositario supremo del poder se oponga con éxito a las normas constitucionales, se da la posibilidad —no obstante las firmes barreras del Estado de Derecho— de una creación jurídica por violación del Derecho. Por muchos controles que se establezcan nunca podrá resolverse el problema: *Quis custodet custodem?* No hay forma ninguna de inviolabilidad de las normas constitucionales que pueda detener revoluciones y restauraciones; ninguna división de poderes de Derecho Constitucional puede impedir que en un conflicto insoluble, por ejemplo entre el Gobierno y el Parlamento, decida, a falta de una unidad superior de acción, el poder prácticamente más fuerte, realizando así la necesaria unidad del poder del Estado.

B. *La Constitución jurídica destacada*

HECK: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz,* 1914; EHRLICH: *Juristische Logik,* 1925; MAX WEBER: "Sociología del Derecho", en *Economía y Sociedad* (1922), ed. esp., 1944, III, pp. 9 ss.

No sólo según una acepción vulgar, sino también en el lenguaje jurídico suele entenderse por Constitución del Estado no la estructura de un *status* político total, antes descrita, sino únicamente el contenido normativo jurídico destacado de esta realidad; no una estructura social conformada por normas, sino una estructura normativa de sentido; no un ser, sino un deber ser. La doctrina dominante, bajo la dirección de Georg Jellinek, se contenta con poner la Constitución como ser al lado de la Constitución jurídica, como deber ser, sin conexión científica de ninguna clase entre sí. Los intentos de superar este insostenible dualismo no han conducido, hasta hoy, más que a la absolutización de una u otra de ambas posiciones. Kelsen hace consistir al Estado y a la Constitución en un deber ser, exclusivamente; C. Schmitt pretende

eliminar de la Constitución toda normatividad. La teoría del Estado sólo podrá evitar estas unilateralidades si consigue descubrir la conexión real partiendo de la cual pueden ser explicadas y comprendidas tanto la Constitución en cuanto ser como la Constitución jurídica normativa y el método dogmático-jurídico a ella correspondiente (cf. *supra*, páginas 63 *s.*).

La Constitución del Estado jurídicamente normada es también expresión de las relaciones de poder tanto físicas como psíquicas. En cuanto conexión social de acción, la Constitución se presenta como objeto del método propio de las ciencias de lo real. En cambio, la Ciencia dogmática del Derecho considera a la Constitución jurídica del Estado como una formación normativa de sentido, relativamente separada y emancipada de la realidad social. Frente a todas las confusiones y falsas comprensiones de una corriente de la Ciencia del Derecho que ha llegado a olvidar la base de su problemática, hay que sostener la tesis de que la dogmática jurídica es también producto de nuestra razón práctica y no de nuestra razón puramente teórica. En el estadio actual de nuestra evolución social es precisamente la Teoría del Estado la que ha de responder a la cuestión de cómo, dentro de la realidad social, cabe que tenga prácticamente sentido y sea, además, posible el hacer a la Constitución, relativamente separada de esta realidad social, objeto de un método dogmático especial.

La posibilidad de la emancipación de una conexión de normas jurídico-constitucionales respecto a la realidad social se apoya en el hecho básico de que tal realidad se halla construida dialécticamente; pues ésta nace en virtud de una actividad humana siempre renovada en la que acto y sentido, realidad y significación, forman una unidad dialéctica. La conciencia humana puede extraer, del curso de la acción que desarrolla un obrar con sentido, su sentido objetivo trascendente del acto, separarlo de su proceso subjetivo de vivencia, convertirlo en objeto e incluso —lo que no es, en modo alguno, necesario— objetivarlo en algo corpóreo (*v. gr.*, por escrito). En virtud de esta operación de nuestra conciencia se emancipa un contenido de significación de la realidad social, convirtiéndolo en una conexión de sentido que puede ser luego recogida en otros actos y en ellos re-vivida (cf. Freyer, *Theorie*, pp. 33 ss.). El lenguaje, las costumbres y todas las formas del arte y de la vida, así como el Derecho, nacen y se mantienen como tales conexiones objetivadas de sentido, las cuales aparecen ante la acción individual del hombre del día como estructuras espirituales en las que en ocasiones conscientemente, pero con más frecuencia inconscientemente, se inmerge.

La emancipación de la conexión de sentido que se conoce como "Derecho" debe su gran importancia práctica al hecho de que esta

objetivación de la "ordenación social" en cuanto formación ideal de sentido está al servicio de la "ordenación social" en cuanto formación social real. Por eso también la emancipación de una Constitución normativa jurídica tiene únicamente un sentido científicamente determinable si y en cuanto esta objetivación sirve a la Constitución real del Estado. La dogmática jurídico-constitucional se ha inspirado, asimismo, en este punto de vista al aislar de la realidad social el contenido de significación llamado "Derecho" e investigarlo en su legalidad relativamente propia. Pues también esta legalidad propia normativa del Derecho Constitucional sólo se puede concebir, en último término, partiendo de la compleja conexión que existe entre el Derecho como norma objetiva y la realidad social total. A la Teoría del Estado incumbe, sin embargo, el cometido más limitado de mostrar cómo la Constitución real del Estado moderno ha hecho prácticamente necesaria una Constitución jurídica objetivada y un método correspondiente a ella. Si con eso se agota o no el sentido de la dogmática jurídica es cosa en la que no vamos a entrar ahora.

El primer paso para la objetivación de la normatividad frente a la normalidad puede realizarse ya de un modo autoritario, ya de un modo libre y, en último extremo, en forma de un uso común al que se reconoce valor positivo. No es necesaria una fijación por escrito: el Derecho Constitucional inglés se formó, en lo esencial, por el mero hecho de hacerse conscientes determinadas reglas de previsión a las que se les reconoció valor positivo por la formulación de una normalidad como normatividad. Hay casos en los que una normalidad social se convierte en una normatividad jurídica debido a que una regularidad real se formula conscientemente como regla cuyo cumplimiento se exige sin excepciones. O sea: "si A manda y B *en la mayor parte de los casos* obedece, A debe mandar y B obedecer" (Kelsen, *Staatslehre*, p. 127). El hecho de que la regularidad social sea formulada y objetivada como algo de carácter ideal-normativo que no admite excepciones con pretensión, además, en la mayoría de los casos, a una vigencia temporal ilimitada, encierra el sentido práctico de indicar el *optimum* de dominación y ordenación, por medio de una constante exclusión de excepciones respecto a la conducta que se exige, *optimum* que en realidad jamás puede conseguirse (cf. Heller, *Hdwb. d. Soziologie*, página 615). Esta función de la formulación normativa aparece más clara si, por ejemplo, en vez de decir: el poder del Estado debe venir del pueblo, se dice: el poder del Estado procede del pueblo, es decir, si el precepto jurídico no se objetiva como exigencia del deber ser, sino como afirmación del ser.

La objetivación de preceptos jurídicos firmes es, en general, un producto muy tardío en la historia del Derecho. En Europa no aparece

plenamente desarrollada sino allí donde, debido al interés que ciertos sectores influyentes de la población tienen por la previsibilidad de determinadas relaciones sociales, surge una racionalización del Derecho en el sentido del mantenimiento de ciertos criterios de previsión y valoración. En la historia de Occidente la decisión de toda contienda se realiza primitivamente no como justicia normativa, sino como solución y mediación, es decir, como decisión de equidad que no juzga en el caso concreto según criterios objetivos. En los países donde la tradición jurídica no fue interrumpida por la recepción del Derecho Romano, como en Inglaterra, la decisión contenciosa puede realizarse durante mucho tiempo, sin que exista una gran cantidad de normas de decisión claramente determinadas. En cambio, no hay grupo humano alguno que pueda concebirse, ni siquiera en sus comienzos, sin criterios precisos de división de competencias, es decir, sin normas de organización o constitucionales; a diferencia de las normas de decisión, que sirven sólo mediatamente a la formación de la organización por la decisión en los conflictos, promueven aquéllas de modo inmediato la formación consciente de unidad mediante la ordenación de la cooperación y previniendo las contiendas.

Decisiva importancia entraña, para la emancipación de la normatividad frente a la mera normalidad, el aseguramiento de la vigencia de la norma por la organización. Este aseguramiento se realiza mediante el establecimiento de órganos especiales a quienes incumbe, en la división del trabajo social, la aplicación de reglas normativas, su ejecución y creación, respecto a los demás miembros de la sociedad, por medio de una acción conscientemente dirigida a tal fin. Largo fue el camino que hubo de recorrerse hasta llegar, por fin, en la Europa de la Edad Moderna, al aseguramiento jurídico por medio de la organización estatal con una numerosa burocracia especializada. Hasta ese momento se debió dejar a la sociedad no organizada un curso más o menos libre y permitir que la validez del Derecho dependiera de organizaciones extraestatales, de un lado, y, de otro, de la conducta real de los miembros de la comunidad jurídica.

Con la emancipación de la organización estatal se produce, a partir del Renacimiento, una relativa objetivación de la jurisdicción, la ejecución coactiva y la creación jurídica, cosa que fue entonces posible por cuanto el papel del "tercero", de tanta importancia para la emancipación de las normas sociales, empieza a crecer poderosamente (cf. Simmel, *Soziologie*, pp. 76 ss.). Ya actúe el tercero como mediador e imparcialmente, ya como dominador según el principio del *divide et impera,* ha de cuidar necesariamente, sea *rationis imperii,* sea —dado que no es parte en el asunto o tiene un interés equilibrado— *imperio rationis,* de la objetivación de las normas jurídicas, así como del asegu-

ramiento de su validez. Aun en el caso de que la clase dominadora sólo busque perpetuar su situación de dominación mediante la organización del Estado moderno, y habida cuenta del carácter creador de poder del Derecho (cf. *supra*, pp. 208 ss.), debe procurar un cierto grado de objetividad e inviolabilidad de su justicia, ejecución y legislación, aunque a veces sean ciertamente muy elásticas. En todo caso, únicamente la creación de una organización ofrece la posibilidad de implantar el medio más eficaz para lograr la emancipación de la normatividad, es decir, la amenaza y la aplicación de la coacción organizada. Sin duda, la coercibilidad no es una nota necesaria del concepto del Derecho. Pero es lo cierto que la coacción organizada es un fenómeno que acompaña normalmente, aunque no sin excepciones, al Derecho. Las relaciones internacionales, con su defectuosa o inexistente organización, revelan hasta qué punto la falta de un sistema eficaz de garantías que nazca de la propia organización trae como consecuencia que la normatividad venga a depender precariamente de la realidad del momento.

Una Constitución jurídica unitaria en un territorio fue posible en Europa a partir del momento en que adquirió vida propia una organización estatal unitaria administrada por funcionarios (cf. *supra*, páginas 145 ss.). Ella permitió el aseguramiento e imperio de la ordenación jurídica real y unitaria como estructura de sentido. Esta función histórica de las formas jurídicas de hacer posible una continuidad sistemática y temporal de la Constitución jurídica y, mediante ella, de la Constitución total del Estado, agota por completo el sentido científico-real y social-inmanente del derecho; sólo ella nos puede, asimismo, explicar el llamado "método jurídico" de la ciencia jurídica dogmática. El filósofo del Derecho Natural racional puede sostener el dogma: *fiat jus, pereat mundus*. El teórico del Estado lo mismo que el jurista práctico, en cambio, sólo puede admitir, en último extremo, el dogma: *fiat jus, ne pereat mundus*. El dogmático jurídico del Derecho Constitucional moderno tiene como tarea elaborar la materia jurídica positiva de modo que ésta sea útil para la unidad y ordenación temporal y sistemática de la organización estatal. Toda la problemática de nuestra dogmática jurídico-constitucional desemboca, en último término, en la cuestión de cómo es posible la unidad y ordenación de la Constitución mediante la creación jurídica, la justicia y la ejecución, a pesar de que el legislador no puede abarcar ni prever completamente la conducta presente ni la futura de los miembros de la comunidad jurídica.

Desde un punto de vista metódico, la jurisprudencia dogmática es una ciencia normativa en cuanto no tiene que explicar ninguna conexión de realidad, sino que ha de proceder dogmáticamente dentro de nosotros mismos, partiendo de la conexión normativa, de la legalidad

relativamente propia. Pero la dogmática jurídica no es ni plenamente autárquica ni autónoma; su sentido y su método no se pueden comprender ni explicar según un punto de vista normativo-inmanente, sino sólo "metajurídicamente", es decir, desde un punto de vista político-histórico que es el correspondiente a la ciencia de lo real. Toda norma tiene como función el ligar a la voluntad, de modo eficaz y para el futuro, de acuerdo con su contenido. Las normas sociales sirven, por una vinculación intersubjetiva de voluntades, al mantenimiento de una determinada conducta social. En cuanto normas constitucionales, tienen la función de procurar vigencia a una normalidad a la que se reconoce valor positivamente, o sea a la conducta que realiza la Constitución, no obstante el cambio de los tiempos y de las personas. La unidad y ordenación de la Constitución del Estado sólo adquiere realidad por una cooperación de actividades que, tanto histórica como sistemáticamente y tanto en la sucesión temporal como en la coexistencia espacial, han de mostrar una continuidad en la que haya un ajuste perfecto. La Constitución jurídica representa el plan normativo de esta cooperación continuada. La dogmática jurídica del Derecho Constitucional existe para servir al fin de una continuidad histórica y sistemática de la Constitución real; hacia este fin ha de orientarse su método.

Esa objetivación, arriba descrita, de reglas de previsión y de valoración que llamamos normas jurídicas contribuye ya a producir la continuidad histórica de la Constitución real, la conexión estatal en el tiempo. Pero esa misma función cumple el carácter de generalidad en el tiempo que, como es lógico, la dogmática jurídica confiere en principio a todas las normas jurídicas, siempre que no se haya dispuesto positivamente otra cosa. La dogmática jurídica considera a la normatividad sociológica, es decir, la observancia corriente de representaciones normativas normales en que el tiempo aparece "estancado" por un período limitado, como una normatividad sin excepciones, de validez eterna por principio, en la que el tiempo no cuenta para nada (cf. *supra*, p. 62 s.); sólo puede concebir la Constitución jurídica como historia acontecida, no como historia que, a la vez, está aconteciendo, y tiene que proceder de modo inmanente a la norma y, por consiguiente, estáticamente. Por eso el problema de la continuidad o discontinuidad de una Constitución estatal sólo puede plantearse con sentido desde el punto de vista de la ciencia de lo real y nunca desde un punto de vista lógico-normativo. Únicamente cuando se confunde a la Constitución política total con la Constitución jurídica aislada, la formación ideal de sentido que es el ordenamiento jurídico con la formación social real que es el Estado, puede llegarse a la errónea afirmación de que la cuestión de la continuidad jurídica prejuzga ya la cuestión de la identidad del Estado (Merkl., *Ztschr. Ö. R. V.*, p. 1521). La destem-

poralización metódica que en las normas constitucionales produce la dogmática jurídica no tendría, sin embargo, sentido si no entrañara el de servir a una prolongación de la temporalidad de la Constitución.

Ni el logicismo normativo de Kelsen ni el decisionismo schmittiano se dan cuenta de la función que, para la continuidad histórica de la Constitución real, desempeña la norma jurídica. La afirmación de C. Schmitt de que la Constitución no puede ser concebida como normación, sino que tiene que ser considerada como "decisión" sobre la especie y forma de la unidad política (*Verfassungsrecht*, pp. 20 ss.) proviene de su radical incomprensión del elemento normativo de la Constitución del Estado. Naturalmente que en la base de toda normación, no sólo de la Constitución sino de cualquier ley, existe una decisión más o menos política del que crea la norma. Pero en cuanto la decisión adoptada pretenda validez que obligue a la voluntad, ya sea para el mismo que decide, ya para otros, tiene que ser objetivada como norma. Lo que, mirado desde arriba, aparece como mandato, sentencia o negocio jurídico, se presenta, desde abajo, como precepto jurídico (cf. Heller, *Begriff des Gesetzes*, p. 119). Ninguna decisión puede, sin normatividad, producir una normalidad y, por tanto, una continuidad de la conducta. La oposición de norma y decisión aparece aquí tan mal entendida como la antítesis entre normatividad y existencialidad. El concebir a las determinaciones fundamentales de organización de una Constitución jurídica no como "normaciones", sino como decisiones políticas concretas, impide considerar a la Constitución como una unidad en el tiempo. Si las decisiones adoptadas para esta o aquella forma de Estado o de Gobierno no poseyeran validez normativa para el futuro, difícil sería explicar cómo pudieran constituir en cuanto "decisiones", tanto hoy como mañana, "el supuesto básico de todas las normaciones ulteriores" (Schmitt, *ob. cit.*, p. 24).

El pensar jurídico que se conoce como método jurídico ha de contribuir no sólo a la conexión histórica, sino también a la continuidad sistemática de la Constitución jurídica, ya que ese método sirve a la unidad de la conexión estatal en la simultánea cooperación de los partícipes. No hay duda que la representación del ordenamiento jurídico como un sistema unitario, cerrado y sin lagunas, de preceptos jurídicos, cosa que la dogmática del Derecho Civil estima hoy como algo evidente, es idea que tiene una gran base histórico-sociológica; pero ella no pudiera concebirse antes de que el territorio del Estado se convirtiera en territorio jurídico unitario y antes de que el poder del Estado se convirtiera en unidad de decisión y acción en su territorio, fenómeno que se produjo entre los siglos XVI y XIX (cf. Ehrlich, páginas 121 ss.). La idea de un sistema jurídico positivo unitario sólo pudo aparecer en cuanto los intereses sociales reclamaron una ordena-

ción planificada y previsible de la cooperación en todo el territorio e hicieron posible aquel sistema gracias a la organización burocrática. La emancipación de un ordenamiento jurídico "cerrado" no se pudo realizar sino como consecuencia de la emancipación de un poder estatal soberano a cuyas órdenes está sometida la jerarquía de los funcionarios. Pues sólo a partir de entonces hubo un poder de voluntad unitario, actuando, por medio de la organización burocrática, desde un centro, poder que está en condiciones de reclamar con éxito, para sí exclusivamente, todo el poder coactivo físico legítimo y que, mediante la amenaza y la aplicación de la coacción organizada, es capaz de asegurar en su territorio un derecho unitario en oposición incluso con la conducta normal original de los habitantes del territorio.

Llegado ese momento es cuando corresponde al dogmático del derecho la tarea de concebir, hasta donde sea posible, a la totalidad de los preceptos jurídicos existentes como la expresión de la voluntad unitaria y sin contradicciones de un único legislador, aunque tales preceptos jurídicos procedan de distintas fuentes y tiempos. Nunca, empero, le es dado al jurista el sistema jurídico sin lagunas y sin contradicciones, como una realidad que apareciera, pronta ya, ante sus ojos; también en la situación actual de la evolución del Estado se le aparece únicamente como objeto de su interpretación. Cuando el jurista de nuestros días subsume un "caso" dado, es decir, una determinada conducta humana relevante para el ordenamiento jurídico en un precepto jurídico existente, o, también, cuando destaca esta misma proposición jurídica mediante actos de conocimiento, inserta tal proceder en el ordenamiento jurídico concreto y, por lo tanto, en la organización estatal. En estos casos se trata siempre de completar el derecho necesario para su aplicación; nunca se encuentra totalmente cerrado el ordenamiento jurídico sino que es imprescindible complementarlo mediante actos de conocimiento y voluntad de hombres, quienes, en el escalonamiento de la organización estatal, se hallan voluntariamente supraordinados y subordinados entre sí. La conexión normativa jurídica es una conexión jurídica de referencia porque su fin es servir a una conexión real y autoritaria de mandatos. La orden y la sentencia en el Estado de Derecho deben basarse en la ordenanza y la ley, y ésta, a su vez, en la Constitución, por causa de que la unidad y ordenación de la conexión de acción organizada del Estado requiere un sistema de supra y subordinación eficaces.

El dogma insostenible del positivismo logístico de que el derecho, aun cuando no comprenda "casi nada" de materia regulada, es "algo que existe siempre como una totalidad sin lagunas" porque su "fuerza de expansión lógica" atiende en todo momento cuanto se precise en juicios de derecho (como Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilo-*

sophie, 1892, pp. 384 s.), esa representación del ordenamiento jurídico lógicamente cerrado, insostenible incluso en el terreno del derecho privado, fue llevada por Laband al campo del derecho público. "Las leyes —decía— pueden tener lagunas, pero el orden jurídico mismo no puede tenerlas, al modo como tampoco las puede tener el orden de la naturaleza" (*Ztschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl.,* 1871, p. 75). Y en una insostenible trasmutación de las dependencias sociológicas en lógicas, en vez de jurídicas, se basa también la concepción de Kelsen de que un sistema normativo es "un complejo de normas, lógicamente cerrado, cuya ausencia de contradicciones internas y cuya unidad se acostumbran a expresar, de modo plástico y antropomórfico-ficticio, haciendo que todos los contenidos normativos se estimen, a la vez y conjuntamente, como queridos por un sujeto" (*Souveränität,* p. 114). Desde un punto de vista jurídico, carece de todo valor de conocimiento el concebir a las normas de orden inferior como incluidas "lógicamente" en las de orden superior y, finalmente, a todas en una norma hipotética fundamental.

Una conexión de normas es una unidad sólo porque ella, como tal, es querida eficazmente por una autoridad de la comunidad. En realidad, la suma de los preceptos jurídicos existentes no constituye jamás un sistema lógicamente cerrado y unitario; son siempre una obra humana con lagunas e imperfecta. Pero como al jurista incumbe la misión de colaborar en la creación, que hay que renovar diariamente, de la unidad estatal organizada, valiéndose de la unidad jurídica sistematizada, se halla autorizado expresa o tácitamente —e incluso supone para él una obligación imperiosa— a interpretar los preceptos jurídicos existentes en tal forma que hagan posible la estructura activa organizada estatal, produciendo con este fin un sistema lo más cerrado posible. La exigencia jurídica de la ausencia de lagunas en la realidad normativa jurídica no es tampoco, como quieren los lógico-normativos, un postulado apriorístico del jurista, sino que sólo puede proclamarse, con sentido, en la organización del Estado moderno, y realizarse, hasta un cierto grado, sólo por ella y en ella. Pues al verse obligado por vez primera el Estado soberano de la Edad Moderna a eliminar toda acción privada, fuera del estado de necesidad, hubo de establecer, en lo posible para todo conflicto que pueda venir a dar en una situación de fuerza, una decisión de carácter jurídico, o bien político.

El que el Estado moderno, en este sentido, se esfuerce por ser una estructura eficaz cerrada, una unidad de acción y decisión sin lagunas, no implica, sin embargo, admitir la conclusión de que su contenido de leyes jurídicas constituye realmente una conexión de sentido cerrada, un sistema lógicamente sin lagunas. Mientras el jurista trabaja hipotéticamente con el dogma del orden jurídico como algo cerrado, se halla

imbuido de una confianza ilimitada en el funcionamiento de la organización total del Estado, según las normas. Esta confianza puede aparecer justificada, hasta cierto punto, cuando se trata de órganos y miembros de la comunidad jurídica cuya conducta normal-normativa aparece asegurada eficazmente por otros órganos. El moderno Estado de Derecho representa la magna tentativa de asegurar una continuidad normativa, histórica y sistemática, por medio de un sistema ampliamente ramificado de controles políticos, administrativos y judiciales, por la concesión de recursos en dos o más instancias y por la precisa determinación de las responsabilidades. Pero el orden jurídico cerrado es un objetivo inalcanzable, y lo único que cabe es irse acercando a él gradualmente.

El postulado de una continuidad normativa, histórica y sistemática, sólo podría darse en el caso de que la normatividad fuera realmente independiente de la normalidad y de que fuera siempre posible y eficaz el llenar, por vías legales, las lagunas jurídicas que en la realidad existen. El moderno Estado de Derecho puede realizar estos dos supuestos para extensas zonas de lo jurídico, en cierta medida; pero respecto al Derecho Constitucional nunca pueden ser realizados por completo. Porque el Derecho Constitucional presentará siempre, al lado de las lagunas de carácter lógico y de valoración conocidas también de todas las otras zonas de lo jurídico, las lagunas jurídicas absolutas (cf. Zitelmann, *Lücken im Recht*, 1903, pp. 32 ss.). Bacon había dicho ya: "ius privatum sub tutela iuris publici latet". Y no sólo el Derecho privado, sino también el procesal, el penal y el administrativo se hallan bajo la garantía del Derecho Constitucional. En todas estas zonas de lo jurídico, la organización jerárquica del Estado puede garantizar la armonía corriente entre normatividad y normalidad. Pero si los órganos supremos de la organización estatal no quieren o no pueden ejercitar las funciones que les señala el Derecho Constitucional, no existe fundamentalmente —*quid custodet custodem?*— ninguna unidad de decisión y de acción que pueda dictar y ejecutar legalmente, es decir, dentro del Derecho Constitucional vigente, una decisión jurídica. Si, por ejemplo, el precepto de Derecho Constitucional que dispone que el Gobierno, para poder actuar, precisa de la confianza parlamentaria, resulta de imposible cumplimiento cuando en el Parlamento sólo se reúne una mayoría para negar la confianza a todo posible gabinete, no hay medio de llenar legalmente esta laguna jurídica absoluta (cf. Jellinek, *Staatslehre*, pp. 353 ss.). Este problema de las lagunas absolutas, insoluble para el jurista dogmático, puede irse reduciendo por medio de una jurisdicción constitucional muy amplia, pero nunca ser liquidado por completo.

El límite normativo-inmanente de todo Derecho Constitucional,

límite caracterizado por las lagunas jurídicas absolutas, se funda en la conexión, en último término indisoluble, entre normatividad y normalidad. La sustancial ausencia, en el caso de las lagunas jurídicas absolutas, de toda previsibilidad y, por tanto, de toda regla de cálculo, impide que pueda darse, para la cuestión planteada, ninguna regla de valoración.

En la mayoría de los casos, aunque no de modo necesario, se confunde el límite normativo-inmanente del Derecho Constitucional con el normativo-trascendente. Respecto al primero, una eliminación de la laguna lesionaría el Derecho Constitucional existente; resulta imposible una solución legal de la cuestión planteada sobre la base de la situación normativa positiva. En cambio, se alcanza el límite normativo-trascedente del Derecho Constitucional allí donde es posible, ciertamente, una decisión legal pero el órgano competente no quiere o no puede adoptarla, al menos de manera eficaz. La validez jurídica positiva se basa en el hecho de que la norma cobra vigencia y se mantiene gracias a la actividad humana; pero ésta también la destruye (Heller, *Souveränität*, pp. 49 ss.). La probabilidad de una normalidad conforme a la norma puede ser considerablemente aumentada por la organización estatal. Pero la cúspide de la organización significa siempre el límite del aseguramiento coactivo organizado del derecho. Si se niega, también para este objeto, la coacción no organizada de la sociedad, la validez en gran parte del Derecho Político, así como de todo Derecho Internacional, viene a depender exclusivamente de la situación de intereses y de la buena voluntad, es decir, conforme a la norma, de los órganos estatales supremos, cuya voluntad, empero, no podrá por su parte asegurar la normatividad en el caso de que su obrar conforme a la norma se vea obstaculizado por poderes independientes de ella. Se da esto, por ejemplo, en el caso de que el jefe del Estado, en un Estado parlamentario, tenga que incumplir su obligación de nombrar un Gobierno que goce de la confianza del Parlamento, disolviendo reiteradamente a éste, por causa de que cualquiera que sea el Gobierno que se organice nunca puede obtener mayoría.

Hasta aquí hemos considerado a la Constitución del Estado, en un sentido, como formación de la situación política total; no en cuanto proceso de formación o integración, sino como el producto relativamente permanente de este proceso de formación, como la estructura de poder característica del Estado, que persistè a través de las vivencias y actos concretos de sentido. En este aspecto, se contrapone la Constitución como el momento estático, como el Estado en reposo, a la Administración como el Estado en movimiento y actividad. Hemos distinguido a la Constitución del Estado, como estructura de efectividad política, de su correlato objetivado en el campo jurídico como Constitu-

ción jurídica objetivada. Pero con mayor motivo hay que distinguir a éste del proceso de nacimiento incesantemente renovado de la Constitución política total, debiendo ser concebida como la normación de ese proceso, frente al cual aparece con relativa objetividad. La objetivación de la Constitución jurídica no significa, sin embargo, en modo alguno que cobre calidad de cosa real. Correspondiendo a nuestra concepción gnoscológica fundamental sobre la relación entre sujeto y objeto en la realidad social, sólo existe la Constitución jurídica objetivada en cuanto es constantemente referida al sujeto humano, en cuanto se actualiza constantemente por hombres. El hecho de que, a través de las vivencias y actos concretos en constante fluir, se descubra una estructura de unidad y una Constitución, se debe a que de este fluir trasciende una determinada estructura de poder y un derecho correspondiente a ella, cuyo derecho, precisamente porque sirve a la perduración de aquella estructura de poder, no puede ser un "derecho de situación".

C. *La Constitución escrita*

GIERKE: *Althusius*, 1913; ROTHSCHILD: *Der Gedanke der geschrieb. Verf. i. d. engl. Revolution*, 1903; G. JELLINEK: *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 1895; ZWEIG: *Die Lehre vom pouvoir constituant*, 1909; R. SCHMIDT: *Die Vorgeschichte der geschr. Verf.*, 1916; LÖWENSTEIN: *Erscheinungsformen d. Verf. änderung*, 1931; HSÜ DAN LIN: *Die Verf.-wandlung*, 1932.

Las entidades políticas siempre han tenido y tienen una Constitución en cuanto estructura de poder característica y como mínimo de normas jurídicas referentes a esa estructura. Pero en los dos últimos siglos se ha empleando la palabra Constitución en un sentido muy restringido; se entendió, en general, entonces por Constitución sólo la Constitución jurídica y aun ésta en una forma determinada y con un contenido típico determinado.

Considerábase como Constitución tan sólo a la ley fundamental del Estado que aparece en forma de un documento escrito. La objetivación escrita representa, en general, un amplio e importante avance en el proceso de la emancipación relativa de las formaciones del espíritu. En virtud de la fijación material, el contenido significativo objetivado se hace mucho más independiente de sus actualizaciones subjetivas transitorias. Un contenido de sentido de lenguaje, el arte o el derecho se trasmite de modo mucho más seguro mediante la escritura incluso, y aun especialmente, en aquellos casos en que no es posible una trasmisión personal y oral, o sólo lo es de modo imperfecto. La fijación del Derecho por escrito es, sobre todo, necesaria en los casos en que, por haberse producido cambios bruscos en las relaciones de poder, no

existe una tradición incontestable y se impugna la reglamentación que propugna el que dicta las normas. Esta necesidad se presenta, para las Constituciones jurídicas de los Estados modernos, en la época de las revoluciones burguesas.

La Constitución moderna no se caracteriza, sin embargo, propiamente por la forma escrita, sino por el hecho de que la estructura total del Estado deba ser regulada en un documento escrito único. La Constitución escrita del Estado moderno se propone —según la exacta indicación de Lasalle (*Obras,* 1919, II, p. 46)— comprender y establecer "en *un* documento, sobre *una* hoja de papel todas las instituciones y principios de gobierno del país". Como es natural, en un documento semejante no podían figurar todos los preceptos jurídicos de la organización estatal, sino sólo algunos fundamentales y supremos sobre la estructura básica del Estado, respecto a los cuales todas las demás normas jurídicas debían tener tan sólo una importancia subordinada y jurídicamente derivada. Esta voluntad consciente para la determinación unitaria del destino político por la sistematización y racionalización de la Constitución jurídica, y no el hecho de la mera codificación, distingue a los documentos constitucionales modernos desde el sigo XVIII de sus precursores, a los que faltara la concepción de que, en el Estado unitario, "su formación básica y su delimitación fundamental frente al individuo debían proceder de un centro" (Jellinek, *Staatslehre,* p. 521).

La exigencia de una Constitución en el sentido de una ordenación y unidad planificadas del Estado, sólo puede comprenderse en oposición con la tradicional y, en este sentido, irracional estructura de poder de los grupos políticos de la Edad Media. Los poderes políticos supremos en aquella época sólo podían actuar como unidades de acción y decisión de un modo intermitente y muy imperfecto porque, prescindiendo de sus limitaciones en lo exterior, en lo interno aparecían normalmente escindidos en numerosos derechos subjetivos y se veían siempre trabados por los poderes intermediarios de la Iglesia, los señores feudales y las ciudades. Con la creciente centralización del poder de establecer el derecho, que puede coexistir con una Administración descentralizada, se elimina esa mediatización en la época del absolutismo. A medida que los que, con carácter más o menos autónomo, creaban el derecho en la Edad Media se veían obligados a entrar en la organización y ordenación jurídica unitarias del Estado, aumenta éste considerablemente, tanto extensiva como intensivamente, el ámbito de sus posibilidades de acción y decisión y se constituye en una unidad y ordenación que se extiende a todo el territorio.

La unidad de la organización estatal viene condicionada por la estructura sistemática de su ordenación tanto real como normativa. Si, en último extremo, todos los habitantes del territorio deben estar sometidos

mediata o inmediatamente a la unidad fundamental de la decisión central y todos deben también contribuir a la unidad de la acción central, es necesario que la organización total tenga un plan unitario, una Constitución normativa. La organización sistemática del Estado moderno y la previsibilidad del orden económico capitalista se condicionan recíprocamente. Ambas se hacen posibles técnicamente por una racionalización formal del derecho que procede del Derecho Romano común. Esta racionalización de la forma jurídica se realiza de dos modos: por análisis y por sistematización. Mediante el análisis de aquellas porciones de la actividad social relevantes para la ordenación jurídica, de las "situaciones de hecho" de carácter abstracto, se llega a la formulación de preceptos jurídicos generales; por medio de éstos, se aspira a satisfacer la exigencia organizatoria de que, en lo posible, toda decisión jurídica concreta se conciba como aplicación de un precepto jurídico abstracto a la situación de hecho concreta. Esta subsunción racional del caso individual en el precepto jurídico abstracto se completa, finalmente, con la sistematización, es decir, con la ordenación lógica de todos los preceptos jurídicos obtenidos por análisis, en un sistema unitario y, en lo posible, sin lagunas ni contradicciones de reglas de derecho.

La tendencia a la racionalización de la estructura de poder, junto con los esfuerzos revolucionarios de la burguesía tendientes al establecimiento de límites jurídicos al ejercicio del poder del Estado, han influido en la creación de las modernas Constituciones. No quiere esto decir que los depositarios del poder político en la Edad Media no hayan tenido limitaciones. Sus "derechos de superioridad", que presentaban siempre formas de derecho privado —según nuestro modo de ver—, aparecían limitados por los derechos subjetivos de otros sujetos de derecho que poseían tales derechos como *iura quæsita* sobre la base de contratos y privilegios. No existía una clara oposición entre derecho subjetivo y objetivo, entre contrato y ley, entre derecho público y privado. El mismo príncipe absoluto, quien, con la racionalización del poder del Estado, sienta las bases para esas distinciones, se halla todavía sometido al principio al *ius divinum et naturæ,* herencia de siglos, aun cuando él se considere luego *legibus solutus* (cf. Heller, *Souveränität,* pp. 15 s.). Valiéndose del *ius eminens,* que se le atribuye, domina los derechos adquiridos de sus súbditos y se libra, finalmente, de todas las limitaciones del derecho positivo en cuanto no entrañen indemnizaciones de Derecho Civil.

Hay que considerar, en parte, a las revoluciones burguesas, con sus nuevos documentos constitucionales, como una continuación de la empresa heroica de ordenación consciente de la realidad social según un plan unitario, que el absolutismo continental había iniciado. Esa misma

línea continúan todavía las dictaduras presentes y especialmente el bolchevismo ruso. Pero, de otra parte, los documentos constitucionales de las revoluciones burguesas reciben, precisamente, su peculiar ideal de ordenación, de la lucha sostenida por la democracia liberal contra el absolutismo feudal-estamental. El objetivo de las revoluciones burguesas de los siglos XVII al XIX y de las Constituciones que propugnaban era la limitación del poder absoluto del Estado por un Derecho Constitucional consignado en un documento escrito. Esta lucha fue apoyada, desde un punto de vista histórico-espiritual, por la tradición nunca interrumpida del Derecho Natural cristiano, que se había secularizado convirtiéndose en el Derecho Natural racional (cf. *supra*, pp. 133 *ss.*).

La racionalización de la forma jurídica, tanto del constitucionalismo como del absolutismo, procedía del pensamiento jurídico romano. En cambio la racionalización del contenido jurídico, la reducción de los preceptos jurídicos positivos, cada vez más numerosos y siempre cambiantes, a algunos pocos principios jurídicos materiales que se pretenden inmutables, procede del Derecho Natural racional. Ambas racionalizaciones, formal y material, del derecho hubieron de intervenir para engendrar la creencia en la posibilidad de una estructura unitaria de poder del Estado mediante una codificación sin lagunas de las normas jurídicas fundamentales. La pretensión de libertad e igualdad, que venía de atrás, recibe su contenido concreto de la situación histórico-social de la burguesía: libertad política y civil así como libertad de la propiedad privada. El punto de partida histórico no ha sido, seguramente, la libertad de creencia: "la personalidad, desde el punto de vista del Derecho Político, no se ha impuesto primero en la esfera ideal del hombre, sino en su esfera material" (R. Schmidt, pp. 172 s.).

El contenido nuevo de los documentos constitucionales modernos consiste en la tendencia a realizar la limitación jurídica objetiva del poder del Estado y asegurarla políticamente por medio de los derechos subjetivos de libertad e intervención de los ciudadanos respecto al poder del Estado, de suerte que los derechos fundamentales del individuo sean protegidos en virtud de la estructura fundamental de la organización del Estado (cf. Schmidt, pp. 98, 127 *ss.*). Implica una incomprensión radical y peligrosa del Estado de Derecho Constitucional el considerar a la división de poderes y a los derechos fundamentales como dos instituciones independientes una de otra. En realidad, la tendencia a la organización planificada y según el Estado de Derecho del poder del Estado y la encaminada a la salvaguardia de la libertad se condicionan recíprocamente. Sólo se encuentran en oposición "plan" y "libertad" si se conciben como abstracciones sin entidad. En la realidad social la libertad humana tiene que ser siempre organizada.

La Edad Media había conocido también una especie de división de

poderes para la protección de los derechos del individuo; consistía en el reparto de los poderes jurídicos subjetivos como *iura quæsita* entre los diversos depositarios del derecho. Pero es el constitucionalismo, en su lucha con el absolutismo unificador del poder, el que lleva por primera vez a cabo una distribución de funciones estatales entre varias organizaciones relativamente autónomas. En virtud de la ordenación fundamental basada en la división de poderes, en la que la Legislación como poder supremo corresponde al pueblo y el Ejecutivo al jefe del Estado, a la vez que el Poder judicial aparece como una organización independiente de ambos, debía quedar asegurado que el poder del Estado no se ejerciera de modo abusivo y, asimismo, que ese poder se viera obligado, por la propia mecánica de la organización, a respetar la libertad e igualdad de los ciudadanos. En la actualidad, tiene singular importancia referirse expresamente a la conexión recíproca e indisoluble que desde el principio existe entre la ordenación democrática de los órganos en las modernas Constituciones —por lo menos bajo la forma del Legislativo popular—, y la ordenación de las funciones que somete a las actividades estatales a una regulación jurídica cuando se ponen en inmediato contacto con los ciudadanos. En el siglo XIX se estimaba tan inconcuso este ideal constitucional que sólo una Constitución jurídica con división de poderes y que garantizase los derechos fundamentales era considerada como verdadera Constitución o, sencillamente, como Constitución.

Para caracterizar la superior importancia, sobre las demás normas jurídicas, de aquellas que, por expresa voluntad del legislador histórico de la Constitución, valían como normas fundamentales y tenían su expresión en el documento constitucional, les fue asegurada en muchos textos constitucionales una alta garantía de permanencia; debían tener una mayor duración y estabilidad que los restantes preceptos jurídicos de la ordenación estatal, subordinados a ellas y de ellas derivados (cf. *supra*, pp. 133 s.). Por esta razón muchos textos constitucionales exigían, para su modificación, ciertos supuestos especiales y difíciles, y especiales responsabilidades de los órganos del Estado garantizaban su observancia. Tales Constituciones se llamaron rígidas, en oposición a las flexibles, correspondientes a aquellos Estados que, o bien no conocen una codificación constitucional especial, o bien sus preceptos jurídicos constitucionales no tienen ninguna garantía superior de permanencia. Naturalmente que las normas constitucionales de una Constitución flexible tienen gran importancia política; pero esa importancia no tiene expresión en su forma jurídica porque la Constitución puede reformarse por el mismo procedimiento que una ley ordinaria.

Resumiendo lo que hasta aquí hemos dicho, distinguiremos, primeramente, cuatro conceptos de Constitución: dos sociológicos y dos

jurídicos. El concepto de Constitución de contenido más amplio se refiere a la estructura característica del poder, la forma concreta de existencia y actividad del Estado. La amplitud de este concepto, que significa "la situación total de la unidad y ordenación política" (Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 3), la "totalidad de la vida y la realidad de la vida del Estado" (Smend, *Verfassung*, pp. 75 s.), incluyendo así todas las condiciones naturales y culturales de la unidad estatal, sin diferenciación valorativa de ninguna clase, lo hace científicamente inservible.

Mucho más fecundo, por más restringido, es ya el segundo concepto científico-real de Constitución que se obtiene al señalar, desde un determinado punto de vista histórico-político, a una estructura básica del Estado como fundamental, en la totalidad estatal, y al destacarla como estructura relativamente permanente de la unidad estatal.

A estos dos conceptos sociológicos de la Constitución corresponden otros dos conceptos del orden de la ciencia del sentido, es decir, jurídicos. El concepto jurídico más amplio abarcaría la situación jurídica total del Estado, o, por lo menos, todas las normas jurídicas contenidas en el texto constitucional junto con todos los demás preceptos jurídicos de la ordenación estatal conformes con la Constitución. No se trata aquí de la situación real en su totalidad, sino sólo de la situación de la unidad y orden políticos jurídicamente válidos, sin tener en cuenta, ciertamente, cuáles, entre los innumerables preceptos jurídicos, han de valer como "fundamentales" y cuáles como derivados. Se puede hablar, en este caso, de una Constitución material en sentido lato.

Más usual es el concepto de la Constitución material en sentido estricto que extrae de la ordenación jurídica total del Estado un contenido parcial valorado como ordenación fundamental, y no sólo como "norma fundamental" hipotética y lógica (Kelsen, *Staatslehre*, páginas 249 ss.). Para el Derecho Natural de la Ilustración no presentaba dificultad alguna la idea de una Constitución material en sentido estricto, escrita o no escrita, porque partía de la creencia de que sus postulados —que en realidad estaban condicionados por las circunstancias histórico-políticas— poseían una obligatoriedad jurídica absoluta y suprapositiva y permitían una derivación lógico-sistemática de todos los preceptos positivos. El propio Kant (*Rechtslehre*, § 55 s.) pretende aún concebir a la ley jurídica, en consciente analogía con el esquema lógico, como una premisa mayor general-abstracta. Sólo partiendo de este punto de vista puede explicarse la exigencia de que el documento constitucional haya de contener "todas las instituciones y principios de gobierno del país".

Esta exigencia tiene que estimarse irrealizable porque una Constitución histórica concreta no es nunca un sistema cerrado, lógico, sostenido en algunos axiomas suprahistóricos. Ningún texto constitucional escrito

contiene todas las normas fundamentales y, de otra parte, toda Constitución incluye algunos preceptos jurídicos que, desde el punto de vista de una sistemática política, no pueden valer como fundamentales. Por esta razón, las Constituciones materiales en sentido estricto consisten siempre en una pluralidad de leyes constitucionales entre las cuales se caracteriza a un documento, por su superior importancia, como la Constitución "formal".

El concepto de Constitución formal —en nuestra exposición el quinto concepto de Constitución— significa la totalidad de los preceptos jurídicos fijados por escrito en el texto constitucional. Qué preceptos jurídicos deben estimarse como bastante importantes para ser incluidos en el texto constitucional y, en su caso, gozar de garantía de permanencia, es cosa sobre la que decide únicamente el legislador de la Constitución. La tendencia a armonizar, hasta donde sea posible, el texto constitucional escrito con la Constitución material en sentido estricto se revela claramente en las Constituciones escritas y tiene su expresión en el hecho de que todas presentan un contenido típico consistente en la ordenación fundamental de órganos y funciones. El concepto de Constitución formal es científicamente necesario porque nunca puede darse una coincidencia perfecta entre la Constitución material y la formal. Los textos constitucionales tienen, ciertamente, contenidos típicos pero no existen principios teóricos que determinen lo que hay que reservar a la ley constitucional. Sobre lo que ha de regular el texto constitucional deciden —como en general sobre lo que debe quedar reservado a la ley— la tradición, la conveniencia política, la situación de poder y la conciencia jurídica (Heller, *Begriff des Gesetzes*, pp. 123 ss.).

Quedan así rechazados los ataques que C. Schmitt dirige contra el concepto de Constitución formal, que llevarían, en último término, a una relativización de la Constitución del Estado de Derecho. No hay duda de que la ciencia interpretativa del Derecho Constitucional no sólo puede sino que incluso debe formular también, partiendo de la situación jurídica total, al lado del concepto de Constitución formal, un concepto de Constitución material en sentido estricto. Pero el contenido de este concepto de Constitución, llamado sin razón por C. Schmitt positivo, lo mismo que el contenido de las Constituciones formales, no será jamás independiente de las "exigencias de partido"; así se podrá discutir, por ejemplo, si la estructura federal, como Schmitt piensa, es realmente un precepto fundamental de la Constitución "positiva" del Reich de 1919. Por otra parte, no es fácil explicarse con qué derecho pretende Schmitt prohibir al legislador constitucional alemán el que estime, por ejemplo, la separación entre el Estado y la Iglesia, y la secularización de la inspección escolar, que es su derivado (art. 144 de la Constitución de Weimar), tan fundamental como la estructura

federal del Estado. En último análisis, hay que explicar no sólo algunos sino todos los preceptos jurídicos de una Constitución, material o formal, "por la situación política e histórica" del momento de su nacimiento (cf. Schmitt, *ob. cit.*, pp. 12, 15, 20 ss.).

No es exacto decir que la Constitución "positiva", o sea, material en sentido estricto, no es una norma ni una ley, sino una "decisión única" o bien una pluralidad de "decisiones políticas concretas", y que las leyes constitucionales "tienen validez" en cuanto se apoyan en aquella decisión o decisiones (Schmitt, pp. 21, 23, 61). En cuanto decisión no normativa y meramente fáctica o como una pluralidad de tales decisiones, no puede, en general, concebirse la Constitución como "válida".

En la actualidad se hallan frente a frente, en la cuestión del fundamento de la validez de una Constitución estatal objetivada, dos concepciones irreconciliables e igualmente unilaterales. Para el normativismo "puro" de Kelsen y su escuela, es la norma fundamental, que representa el "origen lógico" de la Constitución, la que como hipótesis jurídica establece "la autoridad constituyente"; la Constitución recibe así su validez "jurídicamente" —no lógicamente— relevante de esta norma primordial, pero, en cambio, su contenido "del acto de voluntad empírico de la autoridad constituyente" (Kelsen, *Souveränität*, p. v; cf. Heller, *Souveränität*, pp. 53, 55 s.). A esta norma desprovista de poder, válida lógicamente, no jurídicamente, contrapone C. Schmitt el poder sin norma, carente por completo de validez. Según él, la Constitución "positiva" no es en absoluto algo normativo, sino que "vale en virtud de la voluntad política existencial del que la da" (*ob. cit.*, p. 22).

Toda teoría que prescinda de la alternativa derecho o poder, norma o voluntad, objetividad o subjetividad, desconoce la construcción dialéctica de la realidad estatal y es, por eso, falsa ya en su punto de partida. El carácter de creador de poder del derecho no nos permite concebir a la Constitución como "decisión" de un poder sin norma. Una situación fáctica de poder se convierte en una situación de poder relativamente permanente, y con ello en una Constitución en cualquier sentido, lato o estricto, sólo por el hecho de que las "decisiones" de los depositarios del poder son obedecidas, al menos por aquella porción de los súbditos más influyentes para la estructura del poder, porque —aparte de otros motivos (hábitos, fomento de intereses)— se les presentan como normas ejemplares u obligatorias que deben tener validez. Pero, por otra parte, debido al carácter de creador de derecho que el poder tiene, hay que rechazar la concepción de que la Constitución (sin contenido) recibe su validez jurídica de una norma con validez meramente lógica desprovista de poder, y en cambio su contenido proviene del acto de voluntad de la autoridad constituyente (establecida,

sin embargo, por la norma fundamental) (cf. *supra* pp. 199 ss.). Eficacia y validez, ser y deber ser de la Constitución han de mantenerse lógicamente separados, sin duda, pero aparecen relacionados, sin embargo, en la misma realidad constitucional en la que lo uno aparece siempre junto con lo otro.

No toda Constitución política, pero sí toda función constituyente, supone un sujeto constituyente que, como tal, sólo puede ser una unidad de voluntad capaz de decisión y acción. Para la estructura política del poder en el mundo medieval, formada de modo tradicional a través de numerosas generaciones, hubiese sido superflua y completamente ficticia la admisión de un sujeto constituyente. Pero la normación planificada de una ordenación fundamental unitaria, característica del Estado moderno, supone la existencia de un *pouvoir constituant* real y con capacidad de obrar. Según la concepción inmanente, que no profesaba ya la creencia en el poder constituyente de un Dios trascendente, ese poder constituyente era, ya en Marsilio de Padua, el *populus*, la *universitas civium* (cf. R. Schmitt, pp. 132 ss.). En la Revolución francesa, el sector burgués del pueblo que llegó a adquirir una conciencia política, la nación en la acepción francesa, consiguió recabar para sí la decisión consciente sobre la forma de existencia del Estado y, con ello, el poder constituyente. La reacción monárquico-feudal contra este principio revolucionario-democrático se produce con la Restauración, que formula como principio monárquico la teoría del *pouvoir constituant* del soberano hereditario del Estado. El hecho de que esta doctrina no haya tenido éxito, ni siquiera en la historia de las ideas (Heller, *Polit. Ideenkreise*, p. 33), se debe a la dificultad insuperable, dentro de una concepción inmanente universal, de atribuir por la gracia de Dios el poder constituyente a una familia.

Sólo cabe considerar como sujeto del poder constituyente al príncipe o al pueblo, si han adquirido esa condición en virtud de una norma. El príncipe porque posee su poder constituyente no por un motivo "existencial", sino sólo en base de la ordenación normativa eficaz, es decir, como poder jurídico (Schmitt, p. 81). Y en cuanto al pueblo, considerado como "el que, informe, forma", no puede pertenecerle un *pouvoir constituant* porque "ha de existir y ser supuesto como unidad política para que sea sujeto del poder constituyente". Empero, si se niega que un pueblo deja de ser una multitud amorfa para convertirse, tanto sustancial como técnicamente, en una unidad de voluntad capaz de decisión, sólo por la sumisión a un orden normativo; si, al preguntarse en qué consiste la unidad supuesta, se dice que el pueblo unitario se constituye "en cierto sentido" a sí mismo, que es, precisamente "en su consciente identidad consigo mismo", una unidad capaz de obrar políticamente, todo eso podrá ser teología política pero no es, evidente-

mente, Teoría del Estado (Schmitt, pp. 50, 61, 63). Puede considerarse como poder constituyente aquella voluntad política cuyo "poder y autoridad" esté en condiciones de determinar la existencia de la unidad política en el todo. Pero, sin normación, la masa humana no tiene ni una voluntad capaz de decisión ni un poder capaz de acción, y mucho menos autoridad. El elemento normativo no se puede separar, en modo alguno, del concepto de autoridad porque ésta se interpreta como un prestigio que se basa esencialmente en la nota de continuidad, en la tradición y permanencia (Schmitt, p. 75); pues hay también autoridades revolucionarias cuya "validez social" cabalmente se apoya en la quiebra de la continuidad.

La cuestión de la legitimidad de una Constitución no puede, naturalmente, contestarse refiriéndose a su nacimiento según cualesquiera preceptos jurídicos positivos, válidos con anterioridad. Pero, en cambio, sí precisa una Constitución, para ser Constitución, es decir, algo más que una relación fáctica e inestable de dominación, para valer como ordenación conforme a derecho, una justificación según principios éticos de derecho (cf. *supra*, pp. 268 ss.). Contradiciendo sus propios supuestos, dice C. Schmitt que a toda Constitución existente hay que atribuirle la legitimidad, pero que una Constitución, sin embargo, sólo es legítima, "es decir, reconocida no sólo como situación de hecho sino también como ordenación jurídica, cuando se reconoce el poder y (!) la autoridad del poder constituyente en cuya decisión ella se apoya" (p. 87). La existencialidad y la normatividad del poder constituyente no se hallan, ciertamente, en oposición, sino que se condicionan recíprocamente. Un poder constituyente que no esté vinculado a los sectores que son de decisivo influjo para la estructura de poder, por medio de principios jurídicos comunes, no tiene poder ni autoridad y, por consiguiente, tampoco existencia.